UNIVERSITE DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ET ECONOMIQUES

LA DISTINCTION DES CONTRATS DE TRAVAIL A DURÉE DÉTERMINÉE ET INDÉTERMINÉE

Essai pour un statut unique de la résiliation du contrat de travail

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

(Doctorat d'Etat)

Présentée et soutenue le 19 mars 1970

par

Guy POULAIN

Lauréat de la Faculté

Jury de la thèse :

Président : Mme H. SINAY, Professeur
Suffragants : M. J.M. BISCHOFF, Professeur
M. A. HUET, Maître de Conférences - Agrégé

PARIS
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20-24, rue Soufflot, 20-24
1971

LA DISTINCTION DES CONTRATS DE TRAVAIL A DURÉE DÉTERMINÉE ET INDÉTERMINÉE

UNIVERSITE DE STRASBOURG
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES
ET ECONOMIQUES

LA DISTINCTION DES CONTRATS DE TRAVAIL A DURÉE DÉTERMINÉE ET INDÉTERMINÉE

Essai pour un statut unique de la résiliation du contrat de travail

THÈSE

pour le

DOCTORAT EN DROIT

(Doctorat d'Etat)

Présentée et soutenue le 19 mars 1970

par

Guy POULAIN

Lauréat de la Faculté

Jury de la thèse :

Président : Mme H. SINAY, Professeur
Suffragants : M. J.M. BISCHOFF, Professeur
M. A. HUET, Maître de Conférences - Agrégé

PARIS
LIBRAIRIE GENERALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20-24, rue Soufflot, 20-24
1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ABREVIATIONS

Bull.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation.
C.C.N.	:	Convention collective Nationale.
C.P.	:	Conseil des Prud'hommes.
D.	:	Recueil Dalloz.
D.A.	:	Recueil Dalloz analytique.
D.C.	:	Recueil Dalloz critique.
D.H.	:	Recueil Dalloz hebdomadaire.
D.P.	:	Recueil Dalloz périodique.
G.P.	:	Recueil Gazette du Palais.
I.C.E.	:	L'Informateur du Chef d'entreprise.
J.C.P.	:	Recueil Juris-classeur périodique.
Q.P.	:	Questions prud'homales.
R.I.D.C.	:	Revue internationale de Droit comparé.
R.T.D.C.	:	Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D.Co.	:	Revue trimestrielle de droit commercial.
S.	:	Recueil Sirey.

1. — Le temps, élément abstrait dont l'écoulement se traduit généralement par la notion plus concrète de durée, a une importance particulière dans les contrats à exécution successive. Or, l'étude de son influence sur les phénomènes juridiques n'a pratiquement jamais été abordée, et il n'existe aucun texte de portée générale instituant une sous-distinction des contrats à exécution successive fondée sur la durée (1). Pourtant cette distinction est une réalité. En effet, les parties ont le pouvoir de limiter ou non la durée de leur engagement et, de ce fait, le contrat sera conclu avec ou sans détermination de durée.

Rien ne doit venir contraindre dans ce domaine la volonté souveraine des parties, si ce n'est l'interdiction même de renoncer à cette liberté contractuelle, contenue dans l'article 1780 Code civil, qui va devenir l'article 20 L. I du Code du travail : « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée ». Cet article 1780 est le seul article qui concerne le contrat de louage de services dans le Code civil (2). Cette indigences des textes tend à souligner que, pour le législateur de l'époque, le louage de services était une convention ordinaire, passée entre deux personnes libres et égales en droit et dont l'autonomie de la volonté ne saurait subir aucune contrainte. *La seule limite imposée à la liberté des parties est liée à la durée de l'engagement.* Il est interdit de s'engager à vie. Cette règle est essentiellement une règle de protection du salarié (3). On voulait éviter le retour à l'asservissement, s'apparentant par trop à l'esclavage. Ainsi, la clause du contrat stipulant l'engagement pour la vie entière du salarié est nulle, comme d'ailleurs toute convention fixant pour terme la mort du travailleur ou même une échéance équivalente en raison de son éloignement (4). Par

(1) P. Voirin, note sous Soc. 7 juillet 1939, *Droit Social*, 1940, p. 148 et Civ. 15 octobre 1941, D.C. 1942, p. 149 ; Rodiere, note sous Civ. 15 octobre 1941, J.C.P. 1942-II-2009 ; J. Azema, *La durée des contrats successifs*, L.G.D.J. 1969, p. 4.

(2) En réalité, à l'origine un second article était consacré au contrat de louage de services. Il s'agissait de l'article 1781 selon lequel « Le maître est cru sur son affirmation : pour la quotité des gages ; pour le paiement du salaire de l'année échue ; et pour les acomptes donnés pour l'année courante ». Mais cet article, qui marquait une inégalité flagrante entre les parties, fut abrogé par une loi du 2 août 1868.

(3) Alors que les ouvrages récents ne contiennent plus que de brefs rappels de la règle, les auteurs anciens ont largement développé leurs idées autour de l'article 1780 C. civ. Laurent, *Principes de droit civil français*, t. XXV, éd. 1877, n° 491 et s. ; A.M. Demante puis E. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, 1888, t. VII, n° 231 et s., p. 338 ; Troplong, 1852, t. II, n° 819 ; P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, Paris 1930, p. 832.

(4) Civ. 19 décembre 1860, D.P. 1861-I-115, S. 1861-I-504. *Adde :* H. Capitant et P. Cuche, p. 401 ; M. Planiol et G. Ripert, n° 846 ; J. Vincent, *La dissolution du contrat de travail*, Etude comparative du droit allemand et du droit français, Thèse, Lyon 1935, p. 395. *Adde :* Trib. Civ. Seine 23 mai 1932, G.P. 1932-II-338 s/note b : toute clause ayant pour conséquence de supprimer la faculté de résiliation et donc de transformer le contrat en un contrat perpétuel sera considérée comme non écrite. Il s'agit d'une nullité partielle, seule la clause litigieuse étant attaquée. Sur le problème plus général des nullités partielles voir P. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, Thèse, Strasbourg 1968, L.G.D.J., 1969.

contre, l'engagement peut être stipulé pour la vie entière de l'employeur si cela ne paraît pas excessif par rapport à l'âge du salarié (5). La jurisprudence sur cette question est très ancienne, mais elle a l'avantage de démontrer clairement que la règle de l'article 1780 Code civil avait été conçue dans l'idée unique de protéger le salarié.

2. — A la lecture de cet article, on pourrait penser que seul le contrat à durée déterminée puisse lier les parties. Cette conclusion hâtive est directement démentie par l'article 23 selon lequel : « Le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de parties contractantes ». Les parties sont libres de choisir une durée limitée ou non à leurs relations. Mais, si elles choisissent le contrat à durée indéterminée, chaque partie dispose d'un droit de résiliation unilatérale. Cette règle semble contraire au principe général selon lequel un contrat ne peut être rompu que par consentement mutuel. En réalité, elle est une conséquence directe du principe non moins général de l'interdiction de l'engagement perpétuel, spécialement édicté dans le cadre des relations du travail par l'article 1780 Code Civil (6). Si la dissolution du contrat était subordonnée à l'accord des deux parties, il suffirait que l'une d'elles refuse d'accepter la rupture, pour que les rapports contractuels soient indéfiniment maintenus.

3. — En fonction de cette explication, la règle relative à la rupture du contrat par consentement mutuel reste limitée au domaine des contrats à durée déterminée. Le contrat à durée indéterminée peut au contraire être rompu à tout moment. Bien que fondé sur une règle édictée en vue de sauvegarder la liberté du salarié, ce principe de rupture « ad nutum » s'est affirmé en tant que principe bilatéral, octroyant un droit égal tant au travailleur qu'à l'employeur. Cela en conformité du principe d'égalité entre les parties qui domine notre droit contractuel et se traduit du point de vue dogmatique par le caractère de réciprocité des positions juridiques liées dans un rapport contractuel. La doctrine considéra que ce droit de résiliation unilatérale était de l'essence même du contrat à durée indéterminée, et que cette liberté de rupture devait être marquée « du signe de l'égalité et de la réciprocité » (7). On mesure, dès lors, le contresens auquel a donné lieu l'interprétation de cet article 1780 Code Civil. Introduit dans un but de protection très marquée du salarié, cette règle va finalement se

(5) Toulouse 28 décembre 1892, S. 1893-2-20.

(6) Cette règle est commune à tous les contrats à durée indéterminée. Art. 1736 C. civ. pour le bail ; art. 1869 pour les sociétés ; art. 4 loi du 1-7-1901 pour les associations. Elle se retrouve aussi dans les droits étrangers sous le nom de « recesso » en Italie, de « Kündigung » en Allemagne. Cf. La stabilité de l'emploi dans le Droit des pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg, 1958, p. 63 et s. et p. 243 et s.

(7) M. Planiol et G. Ripert par A. Rouast, t. XI, n° 857 ; P. Durand et A. Vitu, II, n° 445, p. 840.

retourner contre lui. Si chaque partie possède un droit égal et réciproque de rupture, la sécurité des relations contractuelles n'existe plus, et si cette sécurité peut être considérée comme importante pour les deux contractants, il faut insister sur le fait qu'elle se révèle en réalité fondamentale pour le salarié. Au fur et à mesure de l'évolution du droit du travail, *le principe de la sécurité de l'emploi va venir en concurrence avec celui de la liberté de rupture.* Les relations individuelles du travail sont marquées par l'opposition fondamentale qui existe entre, d'une part, la nécessité de la protection du salarié, se traduisant surtout par la sécurité de son emploi et, d'autre part, le principe de la liberté de décision de l'employeur qui est une des bases essentielles de l'autorité du chef d'entreprise dans un régime capitaliste. Dans le contrat à durée déterminée, qui obéit au droit commun des contrats, la sécurité de l'emploi semble être largement assurée par l'impossibilité théorique pour les parties de se séparer avant le terme prévu. Au contraire, dans le contrat à durée indéterminée, le droit de résiliation unilatérale que possèdent les parties semble faire primer le principe de liberté sur celui de sécurité. Chaque partie a un droit égal à la rupture du contrat. Le principe de l'égalité des parties au contrat conduit à leur accorder un droit réciproque de décider unilatéralement la fin des relations contractuelles.

4. — Or ce principe de l'égalité des contractants est aujourd'hui contesté par la majorité de la doctrine (8), et c'est la critique de ce principe qui est à l'origine de la tendance à la sécurité de l'emploi dans le droit moderne du contrat de travail. En réalité, lorsque l'on envisage le fond du problème, en écartant le principe de l'égalité formelle des personnes assujetties au rapport contractuel, on constate que le problème de la protection de la liberté individuelle ne se pose pas en termes identiques pour les deux parties dans le contrat de travail à durée indéterminée. Si l'on se place du point de vue du salarié, la donnée essentielle est l'implication de sa propre personne dans le rapport de travail. La conséquence qui doit en découler nécessairement est constituée par un droit illimité de rupture, du fait même que sa liberté personnelle entre en jeu. Par contre, si l'on se place du côté de l'employeur, le principe de la liberté personnelle n'intervient que très peu. En effet, dans la relation de travail, l'employeur n'engage pas sa propre personne, mais seulement son patrimoine : seul le principe de la liberté d'initiative économique est en jeu. Dès lors, envisagé sous l'angle de la simple liberté d'organisation de l'entreprise, l'attribution à l'em-

(8) A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, p. 536 ; J. Savatier et J. Rivero, *Droit du travail*, Thémis, 3e éd. 1964, p. 471 ; G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Précis de droit du travail*, Dalloz, 1re éd. 1965, n° 140, p. 125 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail in Traité de droit du travail* en 7 volumes publié sous la direction de l'auteur, t. I, n° 147, p. 259. *Adde :* G.H. Camerlynck, « *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement* », J.C.P., 1958-I-1425 ; J. Audinet, *Le licenciement du salarié en droit comparé*, R.I.D.C., 1966, p. 365

ployeur d'un pouvoir incontrôlé de licenciement apparaît excessive. Si le pouvoir de licenciement de l'employeur tire sa force du principe de la liberté d'organisation technique de l'entreprise, implicitement, ce pouvoir y trouve aussi sa limite : la création du rapport de travail et la disparition du lien contractuel ne doivent avoir lieu qu'en fonction de l'entreprise. « Au delà des limites posées par le lien fonctionnel existant entre le licenciement d'une part, et les nécessités économiques ou les besoins d'organisation de l'entreprise d'autre part, le pouvoir de rupture « ad nutum » de l'employeur se transforme, sous couvert d'égalité formelle des parties contractantes, en un instrument d'arbitraire, incompatible avec la protection de la personnalité humaine du travailleur qui constitue l'impératif fondamental du droit du travail » (9).

Si l'employeur a un intérêt évident à jouir d'une pleine liberté de rupture du contrat, celle-ci doit céder le pas à l'intérêt opposé que possède le salarié à conserver son emploi. La protection juridique doit bénéficier au salarié, car, sur le plan économique, sa vie et celle de sa famille dépendent de son travail et de la rémunération qu'il en retire.

5. — Contestés par la doctrine moderne, ce principe de l'égalité des contractants et ses conséquences injustes ont été progressivement abandonnés d'abord par les conventions collectives, puis par le législateur lui-même. Cet abandon est fondé essentiellement *sur la recherche de la sécurité du lien contractuel.* Celle-ci semblait être assurée dans la convention temporaire par la fixation d'un terme qui s'impose aux parties et elle était bilatérale. En conséquence, tout l'effort s'est porté sur la convention à durée indéterminée. Le type moderne du contrat de travail trouve son origine dans une attitude critique à l'égard des idées de réciprocité et d'égalité. Ce sont des nécessités d'ordre éthico-social qui sont intervenues. En réalité, le travail par lui-même n'existe pas, il n'y a que des hommes qui travaillent. Les notions d'égalité et de réciprocité doivent être écartées toutes les fois que leurs conséquences s'avèrent incompatibles avec la sécurité, la liberté et la dignité humaine du travailleur.

Les conventions collectives, dont on a pu dire qu'elles étaient « indifférentes aux impératifs logiques des constructions juridiques abstraites » (10) ont eu une grande influence sur l'importance prise par la distinction qui existe dans le contrat de travail suivant que sa durée est ou non prédéterminée. En envisageant exlusivement le contrat à durée indéterminée, elles ont eu pour conséquence de creuser un fossé entre les régimes de rupture suivant la catégorie de contrat qui lie les parties ; de plus, étant une œuvre de compromis, issue parfois de négocia-

(9) L. Mengoni, *La stabilité de l'emploi en droit italien*, in « La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », Luxembourg, 1958, p. 243 et s.

(10) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 17, p. 29. Cf. également M. Despax, *Les conventions collectives*, Traité de Droit du travail sous la direction de G.H. Camerlynck, t. VII, n° 145 et s.

tions difficiles, leurs dispositions sont souvent réciproques et n'altèrent pas l'égalité de principe qui existe entre l'employeur et le salarié. Toutefois, certaines de leurs dispositions ont un caractère essentiellement unilatéral dont le fondement doit être recherché dans la prise en considération de la situation particulière du salarié face à l'employeur. Les conventions collectives constituent un « instrument remarquable de progrès social » (11), d'autant qu'elles sont souvent à l'origine de l'intervention du législateur.

Ainsi, par une loi du 19 février 1958 et une ordonnance du 13 juillet 1967, le législateur est venu consacrer les dispositions des conventions collectives qui tendent à garantir le travailleur lié par un contrat à durée indéterminée contre l'exercice inconsidéré du pouvoir de licenciement de l'employeur. Ces deux textes consacrent un allongement de la durée du préavis que l'employeur doit respecter lorsqu'il envisage le licenciement d'un salarié. Par contre, la faculté de démission de ce dernier est laissée libre de toute entrave. Deux caractéristiques essentielles découlent donc de ces textes. En premier lieu, le principe de l'égalité des contractants est abandonné ; en second lieu, seul le contrat à durée indéterminée est réglementé, le contrat à durée déterminée restant soumis à la libre volonté des parties.

6. — Par suite de l'évolution intervenue dans le cadre de la rupture du contrat à durée indéterminée, le salarié va bénéficier d'un véritable statut. Des garanties importantes vont voir le jour qui vont faire de cette forme de contrat celle qui avantage le mieux le salarié et qui tend à lui accorder la véritable sécurité de l'emploi à laquelle il aspire. Ainsi la rupture par l'employeur ne pourra intervenir que par un *congé* dont le législateur accentue le formalisme par la loi du 19 février 1958, et va se trouver subordonnée à un délai-congé plus substantiel que celui auquel est astreint le travailleur en cas de démission (12). De même, *l'abus du droit de rompre* va souvent être reconnu lorsque l'employeur utilise son droit de résiliation unilatérale dans un autre but que l'intérêt de l'entreprise, alors que le salarié, lui, peut toujours cesser le travail quand bon lui semble, « le désir de reprendre sa liberté n'ayant pas à être motivé » (13). Enfin, *la notion d'ancienneté,* consacrée également par le législateur, va conduire à l'octroi au salarié d'indemnités de licenciement d'un montant d'autant plus élevé que l'appartenance du salarié à l'entreprise aura été durable. Ainsi la somme de garanties que constitue ce statut du licenciement devient considérable ; et ces garanties ne s'appliquent, théoriquement, que dans le cadre du contrat à durée indéterminée car elles sont destinées à lutter contre l'utilisation du droit de résiliation unilatérale par l'employeur.

(11) G.H. Camerlynck, *opus cité* eod. loc.

(12) Art. 23, Livre premier du Code du travail. Ord. n° 67-581 du 13 juillet 1967.

(13) G.H. Camerlynck, Chronique précitée, *Contrat de travail,* I, n° 148, p. 262.

Mais cette limitation du pouvoir de rupture de l'employeur se double d'un aspect essentiellement positif dans la mesure où le contrat à durée indéterminée assure aujourd'hui, sinon la sécurité totale de l'emploi, du moins une permanence du lien contractuel qui peut aboutir à une perspective de durée illimitée des rapports juridiques. Comme le fait remarquer Paul Durand, les rapports unissant les salariés à l'entreprise « apparaissent plus stables que ceux nés du mariage » et tendent vers l'indissolubilité (14).

7. — Cette tendance en faveur de la sécurité de l'emploi est une des caractéristiques fondamentales du droit du travail moderne. Mais alors que dans le contrat à durée indéterminée la règle de stabilité est essentiellement unilatérale, dans le contrat contrat à durée déterminée elle est toujours marquée par le caractère synallagmatique du contrat. Bilatérale et réciproque, elle est uniquement concrétisée par la fixation d'un terme, qui s'impose à l'une comme à l'autre des parties. Ce dernier entrave dans une certaine mesure le pouvoir de décision de l'employeur, puisque les parties sont juridiquement liées jusqu'à son arrivée. Mais la technique juridique propre à cette catégorie de contrats est nettement désavantageuse pour le salarié car il semble à première vue, que le statut applicable au contrat à durée indéterminée ne puisse absolument pas entrer en ligne de compte. En effet, le contrat, de par sa nature, prend fin de plein droit à l'arrivée du terme, sans qu'il soit besoin d'un congé et donc par conséquent d'un délai-congé. Il ne saurait non plus être juridiquement question d'abus du droit de rompre puisque les contractants ne possèdent pas un tel droit pendant toute la durée du contrat. Enfin, il peut paraître tout à fait normal qu'il n'y ait pas lieu à versement d'indemnité de licenciement lorsque les relations contractuelles prennent fin, puisque « stricto sensu » il n'y a pas rupture volontaire, donc pas licenciement. Une telle application de pure technique juridique a conduit le droit du travail à accumuler les garanties en faveur du salarié lié par un contrat à durée indéterminée, alors que la situation du salarié engagé par contrat à durée déterminée a été négligée. Ceci parce qu'à l'origine on pensait qu'un tel contrat représentait la forme la plus sûre qui soit et que la façon dont la rupture se produisait semblait garantir le salarié contre toute perte inopinée de l'emploi.

Mais le souci d'assurer la sécurité maximale de l'emploi dans l'une des catégories de contrat, tout en négligeant de s'intéresser à l'autre, qui semblait l'assurer, a conduit à un résultat inverse de celui qui était recherché. Le déséquilibre auquel on aboutit est tout aussi manifeste que celui que l'on voulait éviter : il a simplement changé de sens. Alors qu'aujourd'hui le contrat à durée indéterminée tend à signifier la permanence des rapports de travail, le contrat à durée déterminée apparaît plutôt *comme un moyen de limiter la durée de l'emploi.* Dès lors, le recours au

(14) P. Durand, « *Un remarquable exemple de stabilité de l'emploi :* la législation fédérale des Etats-Unis du Brésil », Droit Social, 1964, p. 467.

contrat temporaire est devenu, pour l'employeur, un moyen de défense contre les garanties du contrat à durée indéterminée, qui viennent limiter sa liberté. La fixation d'un terme constitue un moyen commode d'éviter ces garanties. Aussi assistons-nous aujourd'hui à un retour très net à la pratique du contrat à durée déterminée alors qu'auparavant ce type de contrat était nettement en défaveur.

8. — De ce fait, un problème qui avait disparu des recueils de jurisprudence se pose, depuis une quinzaine d'années, avec une acuité particulière : il s'agit précisément de la distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée.

La doctrine ancienne, toute entière absorbée par l'article 1780 Code civil, ne se posait aucune question à ce sujet. Cela n'avait d'ailleurs, avant 1890, aucune importance (15). Et, de fait, à première vue, il ne semble pas qu'il s'agisse là d'une question spécialement ardue : il suffit de constater si, dans le contrat, la limitation de la durée des relations de travail est envisagée ou non.

Mais, en réalité, le problème est moins simple et le nombre des litiges dans lesquels la question se pose tend à démontrer son importance. Trop d'intérêts sont aujourd'hui attachés à cette distinction pour que le salarié accepte la qualification donnée à la convention par l'employeur : droit au délai-congé, possibilité de demander des dommages-intérêts pour rupture abusive, droit à une indemnité de licenciement. Si le contrat est à durée indéterminée, le salarié aura droit à ces avantages. Il n'aura droit à rien si le contrat est à durée déterminée. Une telle différence dans le régime applicable à la rupture du contrat ne paraît pas se justifier car — quelle que soit la catégorie de contrat qui le lie à l'employeur — le salarié est soumis aux mêmes conditions de travail : l'exécution des obligations, en effet, n'est pas affectée par la distinction.

Et c'est là, à notre avis, que réside une des anomalies du droit du travail. Alors que l'évolution de ce droit conduit à limiter la liberté des parties, en vue de protéger le contractant le plus faible, cette évolution a totalement négligé la fixation de la durée du contrat qui est restée tributaire de la seule volonté des parties. Et si, en règle générale, la loi et les conventions collectives ont fait entrer le contrat de travail dans un cadre extrêmement rigide, protecteur des droits du plus faible, deux domaines ont été laissés à la libre disposition des parties : l'établissement au profit du salarié de conditions supérieures à celles résultant des textes impératifs — ce qui se justifie aisément — et la fixation de la durée des relations de travail (16) — ce qui se comprend beaucoup moins.

(15) Laurent précité, A.M. Demante précité, Troplong précité.

(16) P. Durand et A. Vitu, II, n° 168, p. 302. Seul l'article 22 L. I du Code du travail impose une limite indirecte à cette liberté en exigeant un contrat écrit que servira essentiellement de preuve au salarié mais qui n'entrave pas en réalité la liberté de choix des parties. Cet article est d'ailleurs d'appli-

Or, cette liberté laissée aux parties est extrêmement dangereuse en raison de la nature même du contrat de travail, contrat d'adhésion, dans lequel l'une d'elles est en mesure de dicter ses conditions à l'autre. On imagine aisément le parti que peut tirer de cette situation le contractant qui se trouve en position de force au moment de la conclusion du contrat. L'employeur, maître incontesté du choix, est ainsi largement avantagé par rapport au salarié.

9. — L'importance du problème posé par la distinction des contrats fondée sur la durée dérive donc d'une double cause. On doit en rechercher l'origine, en premier lieu, dans la situation d'inégalité existant entre les parties au contrat de travail. Le salarié, en position d'infériorité, n'a pas la possibilité de discuter la forme du contrat. Celle-ci est choisie par l'employeur, et lui seul, et en conséquence c'est l'employeur qui est à l'origine du régime applicable à la cessation des relations contractuelles.

Et c'est ici que la seconde cause, au demeurant fondamentale intervient. En effet, l'importance de la distinction s'est accentuée en raison du revirement qu'a constitué l'établissement progressif d'un statut, particulièrement avantageux pour le salarié, de la rupture dans le contrat à durée indéterminée. Le droit du travail a construit tout son système protecteur des intérêts du salarié sur un seul type de contrat — le contrat à durée indéterminée — alors que l'autre — le contrat à durée déterminée — restait placé dans l'orbite exclusive du droit civil.

Et, dès lors, la question de la distinction des contrats, qui n'avait à l'origine qu'une importance minime (17) et qui, en réalité, n'aurait dû avoir qu'une faible portée sur le régime de la cessation des relations contractuelles, prend tout à coup un relief particulier. En effet, elle devient un reflet du combat incessant que mène le droit du travail pour se dégager de la tutelle du droit civil et s'affirmer comme un droit majeur. Et si le droit du travail a réussi une percée spectaculaire dans le cadre du contrat à durée indéterminée, au point qu'il existe dorénavant un véritable statut de la résiliation, toute la résistance du droit civil s'est concentrée sur la catégorie des contrats à durée déterminée. Le problème de la distinction a acquis de ce fait une dimension qui ne se justifie pas et qui conduit à un déséquilibre préjudiciable au salarié.

10. — Cette situation est anormale et il importe de revenir à un équilibre qui doit se traduire par une unification des règles applicables à la cessation du rapport contractuel. Cette tâche est certes difficile mais il ne nous semble pas, a priori, qu'elle soit impossible. Elle doit pouvoir être réalisée en s'attaquant aux causes mêmes du déséquilibre.

cation très peu courante. T. civ. Seine 5 juillet 1949, D. 1950, som. 18 ; Paris 18 janvier 1965, D. 1965, som. 72 ; Soc. 27 mai 1964, Bull. IV, n° 449, p. 365 ; J.C.P. 1964-II-13910, note François ; Soc. 14 février 1968, D. 1968-457.

(17) *Supra*, n° 9.

La première cause résidant dans le fait que c'est la seule volonté de l'employeur qui est refletée dans le contrat, il convient en premier lieu de nous tourner vers ce problème. Peut-on envisager une suppression de la catégorie des contrats à durée déterminée, ce qui aurait l'avantage de simplifier radicalement le problème de l'unification des régimes ? Pour répondre à cette question, il nous faut étudier et rechercher les critères de la distinction et cela doit nous permettre de constater que certains contrats restent marqués du sceau de la limitation et ainsi irréductibles à une unification complète. La suppression radicale de la catégorie des contrats à durée déterminée s'avérant impossible, nous devons alors nous tourner vers la seconde cause de déséquilibre. Pour la combattre, il faut tendre vers une atténuation de la différence existant entre les régimes de rupture aux fins d'élaborer un statut unique de la résiliation du contrat de travail, allant ainsi au-delà des divergences tenant à la catégorie du contrat et ramenant ainsi l'importance du problème de la distinction à un niveau plus cohérent.

1re *Partie* : Les critères de la distinction.

2e *Partie* : Le régime applicable à la rupture du contrat.

PREMIERE PARTIE

LES CRITERES DE LA DISTINCTION

11. — Le problème de la qualification du contrat de travail ne semble pas, à première vue, devoir poser de très grandes difficultés. En effet, on peut estimer que si la durée des relations contractuelles fait l'objet d'une limitation quelconque, on se trouve en présence d'un contrat à durée déterminée, et que, par contre, si aucune indication de durée ne figure dans la convention, il s'agit d'un contrat à durée indéterminée.

Une telle simplicité aurait pu se concevoir ; mais les intérêts qui s'attachent à la distinction sont tels que la question est en réalité beaucoup plus complexe. En effet, le législateur et les conventions collectives ont institué un statut particulier au contrat à durée indéterminée, très avantageux pour le salarié, alors qu'à l'opposé le contrat à durée déterminée a été complètement négligé et abandonné à la libre disposition des parties. Il en résulte que la qualification au lieu d'être toujours dépendante de la nature intrinsèque de la convention, est souvent fonction du régime protecteur que le juge cherche à appliquer au maximum au salarié. Liberté de décision des parties, protection des intérêts du salarié, tels sont les deux pôles d'attraction. Et si l'on se place au plan des intérêts du salarié, il faut admettre que ce dernier a tout intérêt aujourd'hui à être lié à l'employeur par un contrat à durée indéterminée. Ce problème de qualification aurait pu être résolu par les textes eux-mêmes. Mais l'étude des lois et des conventions collectives est fort décevante sur ce point particulier. Nulle part le chercheur ne peut trouver de définition précise du contrat à dure déterminée ou tout au moins les critères qui permettraient de faire la distinction entre les deux catégories de contrats.

12. — Les textes faisant défaut, c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de préciser ce qu'il faut entendre par détermination de la durée. Elle a dû faire un choix dans la mesure où le concept de détermination peut être entendu de façon large ou étroite. En effet, la détermination de la durée du contrat peut être absolue ou relative. Absolue, elle le sera lorsque les parties

conviennent d'une période fixe, précise, ne comportant aucune possibilité de variabilité. Par contre, elle peut n'être que relative dans le cas où, bien qu'une durée ait été fixée, celle-ci est imprécise et laisse subsister une large part d'indétermination. La frontière que le juge doit tracer, entre les contrats dont la durée sera considérée comme déterminée et ceux où elle ne le sera pas, peut varier suivant la conception qu'il se fait du caractère rigide ou souple que doit revêtir la notion même de détermination. S'il penche pour le caractère relatif de la détermination, il aura tendance à étendre la catégorie des contrats à durée déterminée et, par voie de conséquence, à faire prévaloir la liberté de décision des parties. S'il est animé du souci contraire, il enfermera le contrat temporaire dans un cadre très strict, faisant ainsi la part plus belle possible au contrat à durée indéterminée et donc aux intérêts du salarié. Seule une étude en profondeur des solutions jurisprudentielles peut nous permettre de dégager avec le maximum de précision et de garanties les critères que le juge utilise dans cette dichotomie et qui permettent de caractériser chacune des catégories. (I)

Mais le problème ne sera encore que partiellement résolu. En effet, la liberté dont jouissent les parties peut leur permettre de combiner dans la même convention les caractères propres à chacune des catégories. Comment dès lors le juge va-t-il appliquer aux situations complexes les critères qu'il utilise dans les situations simples ? (II)

CHAPITRE I

LA RECHERCHE DES CRITERES JURISPRUDENTIELS

13. — Du principe de la liberté contractuelle applicable au contrat de travail il résulte qu'il appartient aux parties, et à elles seules, de décider si elles entendent être liées par un contrat dont la durée soit ou non prédéterminée. Il s'agit donc, pour le juge saisi du litige, d'un problème d'interprétation de la volonté des parties, et il doit normalement appliquer les directives du Code civil. On peut se demander toutefois si le particularisme des rapports individuels de travail ne doit pas conduire à adapter les dispositions du Code civil pour tenir compte de la nature originale du contrat de travail. Par le fait même que le droit du travail tend à acquérir son autonomie par rapport au droit civil classique, il nous semble utile de dégager au préalable le rôle et les pouvoirs du juge face à ce contrat de travail mettant aux prises deux partenaires théoriquement égaux. A la lumière des principes que nous aurons ainsi dégagés, nous nous livrerons à une analyse de la jurisprudence qui doit nous permettre de dégager les critères de la distinction.

Section I. — Le rôle et les pouvoirs du juge

14. — La jurisprudence française a posé le problème de la distinction des deux catégories de contrats sur le terrain de la qualification (1). Or, la qualification d'un acte juridique est une question de droit et non de fait (2) : c'est l'ensemble des stipulations contenues dans une convention qui constitue la donnée de fait, dont la qualification est la conséquence juridique. Ainsi,

(1) J.M. Bischoff, « La protection des engagements temporaires », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 114 et s. ; F. Saramito, « Le contrat de travail à durée déterminée », *Droit Ouvrier*, 1966, p. 227 et s. ; G.H. Camerlynck, Rapport de synthèse, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg, 1965, p. 62.

(2) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, n° 216 et s. ; G. Marty, *La distinction du fait et du droit*, Toulouse, 1929.

c'est par l'interprétation des clauses de chaque espèce que le juge déterminera le caractère temporaire ou non de la convention conclue entre ces parties. Il s'agit donc d'une recherche « in concreto » et ce sont les circonstances de la cause qui vont permettre au juge de dégager la volonté des parties, élément essentiel de son appréciation.

La difficulté du travail du juge provient essentiellement du fait que le contrat de travail est un contrat consensuel. Il peut donc être verbal, et même s'il est écrit, il est possible que les parties ne se soient pas préoccupées de la durée d'exécution de leurs obligations. Devant le silence des parties, la détermination de la volonté commune des contractants se révèle délicate, mais le juge doit qualifier malgré tout la convention pour pouvoir appliquer le régime adéquat.

Si, au contraire, les parties ont envisagé la limitation de la durée de leurs relations, le juge se doit d'examiner si les clauses relatives à cette limitation correspondent à leur volonté réelle et sincère.

De l'étendue des pouvoirs reconnus au juge et de la façon dont il en usera, va peut-être dépendre la prééminence de l'une des catégories de contrats sur l'autre.

§ 1. — *L'absence de volonté exprimée.*

15. — Lorsque le contrat de travail ne contient aucune précision quant à sa durée, le Code du travail indique au juge le principe sur lequel il doit s'appuyer. En effet, l'article 21 Livre I du Code du travail précise : « La durée du louage de services est, sauf preuve d'une convention contraire, réglée suivant l'usage des lieux ».

Devant la multiplicité des usages, la question peut se poser de savoir auquel il doit recourir ? La réponse ici est évidente. En ce qui concerne le contrat de travail, il ne peut s'agir que de l'usage professionnel. Celui-ci va jouer un rôle supplétif permettant ainsi au juge de pallier l'absence de volonté déclarée des parties (3). Dans chaque cas d'espèce, le juge doit rechercher l'usage et le constater avant d'en faire application (4). Il semblerait donc que le problème de la détermination de la durée du contrat de travail, lorsque les parties sont restées muettes à ce sujet, soit

(3) Il ne faut pas confondre cet usage avec celui qui règle la matière du délai-congé de l'art. 23, § 3 du L. I du Code du travail auquel le législateur a conféré le caractère de loi impérative de la profession. Toutefois, hormis cette différence fondamentale, le juge suivra les mêmes principes pour la détermination de l'usage applicable et il est fait obligation au juge du fond de mentionner l'usage auquel il se réfère, pour permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle. Pour une étude jurisprudentielle sur l'usage, cf. G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 65 et s.

(4) Civ. 27 janvier 1932, G.P. 1932-1-581 ; Civ. 21 novembre 1932, G.P. 1933-I-180 ; Civ. 29 novembre 1932, G.P. 1933-I-211, s/note b ; Civ. 3 janvier 1933, G.P. 1933-I-402, 2e arrêt ; Civ. 3 janvier 1933, G.P. 1933-I-488 s/note. Pour application récente voir G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 173 p. 303.

résolu : il suffit de se tourner vers les usages. En réalité, le problème n'est que partiellement résolu car de telles règles ne peuvent être trouvées que pour certaines professions bien particulières (agriculture, hôtellerie, spectacles) ou pour certains emplois, notamment en ce qui concerne les cadres ou employés supérieurs (5). Les dispositions coutumières concernant la durée des relations du travail sont relativement rares et le juge n'a pas souvent l'occasion d'appliquer les dispositions de l'article 21 Livre I du Code du travail. Il faut d'ailleurs remarquer que lorsqu'elles existent, c'est toujours pour limiter la durée des engagements. Ainsi, dans les professions précitées, il est d'usage de recourir au contrat de travail à durée déterminée ; de même, les cadres et les employés supérieurs sont le plus souvent liés à leur employeur par des contrats temporaires.

16. — Lorsqu'il n'existe pas d'usage applicable dans la profession, le juge du fond doit recourir au droit commun, à savoir aux règles d'interprétation des conventions du droit civil. Il va interpréter la volonté des parties suivant les circonstances de fait (6), et il a en la matière un pouvoir souverain d'appréciation, ainsi que le lui reconnaît la Cour de cassation (7). *En l'absence d'usage professionnel et devant le silence des parties à la convention, la seule logique conduit à dire que la qualification de contrat à durée indéterminée doit normalement s'appliquer.* En effet, l'absence de clause relative à la limitation de la durée ne peut s'interpréter que comme une absence de volonté des contractants relativement à cette même durée. Or, par hypothèse, la convention à durée déterminée est celle dans laquelle les parties ont introduit la mesure du temps, celle dans laquelle elles ont voulu que la durée de leurs obligations réciproques soit fixée. A contrario, si aucune précision n'a été apportée, il s'agit d'un contrat dans lequel la durée n'a pas été limitée, donc d'un contrat à durée indéterminée. La jurisprudence a consacré cette solution et la doctrine unanime l'a approuvée (8).

Ainsi, hors le cas des usages professionnels, la limitation dans le temps du contrat ne saurait être présumée : un contrat ne comportant aucune clause relative à sa durée doit être considéré comme passé pour une durée indéterminée.

17. — La solution ainsi retenue satisfait aux exigences du bon sens. Mais il est possible que, malgré l'absence d'indications relatives à la durée dans la convention, l'une des parties veuille prouver que le contrat est à durée déterminée. Dans ce cas, le problème se pose de savoir si le contractant qui veut établir le

(5) T. civ. Lorient 13 mai 1958, J.C.P. 1958-IV-132.

(6) G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. II, n° 216 et s.

(7) Soc. 15 juin 1960, Bull. 1960, IV, n° 628, p. 489 ; Soc. 5 octobre 1960, J.C.P. 1960-IV-153 ; Soc. 22 mai 1964, Bull. 1964-IV, n° 424, p. 345 ; Soc. 6 juillet 1966, J.C.P. 1966-IV-122.

(8) Soc. 6 février 1943, Q.P. 1944-4. J. Vincent, *La dissolution du contrat de travail en droit allemand et en droit français*, Thèse, Lyon 1935, p. 396. P. Durand et A. Vitu, t. II, p. 310. G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture,*

caractère temporaire de la convention peut avoir recours à la preuve testimoniale ? A première vue, rien ne s'oppose à ce que le juge accepte un tel mode de preuve. Mais en réalité, deux considérations peuvent intervenir qui vont limiter le recours à cette forme de preuve ! D'une part, l'article 22 Livre I du Code du travail exige un écrit si l'engagement de l'ouvrier excède un an. Pour tout salarié ayant plus d'un an de présence dans l'entreprise au moment du litige, il sera impossible à l'employeur de prouver le caractère temporaire de l'engagement par témoins ou présomptions. D'autre part, les conventions collectives, bien qu'abandonnant souvent les contrats temporaires à la libre discussion entre les parties, prennent parfois soin de préciser que les contrats à durée déterminée doivent conserver un caractère exceptionnel. L'interprétation de telles clauses doit conduire à l'exigence minimum d'un écrit pour établir le caractère temporaire de la convention.

Il faut donc, devant l'absence de volonté exprimée des parties, conclure que la qualification de contrat à durée indéterminée doit l'emporter. Cette solution a l'avantage, d'une part, d'être logique, d'autre part, d'aller généralement dans le sens des intérêts du salarié.

§ 2. — *L'interprétation de la volonté exprimée par les parties.*

18. — Les contractants, au moment où ils établissent les clauses du contrat, rédigent un écrit dans lequel ils précisent la nature et la durée de leurs relations. Lorsqu'il en est ainsi, le juge doit, en principe, s'en tenir aux termes du contrat et il doit appliquer les conséquences qui découlent des engagements pris par les parties.

Toutefois, la rédaction d'un écrit ne suppose pas nécessairement que le problème de la qualification soit résolu sans difficulté. Il est possible et même fréquent, que les clauses relatives à la durée de la convention soient ambiguës et, de ce fait, susceptibles de donner lieu à diverses interprétations. Le juge est alors conduit à rechercher l'intention des parties par-delà les termes qui ont été employés. Etant donné le caractère particulier du contrat de travail, plusieurs questions peuvent se poser. D'une part, quels vont être les principes qui vont le guider dans le choix d'une interprétation ? On peut songer à appliquer les règles du droit commun à la lettre ou à les adapter à la matière spéciale des rapports de travail. D'autre part, à quel moment le juge doit-il se placer pour interpréter la volonté des parties ? Au moment de la conclusion du contrat selon les principes classiques, ou au moment de la rupture, date à laquelle se placent les intérêts du

p. 272 ; *Contrat de travail*, n° 268, p. 448. J.M. Bischoff, « *La protection des engagements temporaires* », in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Collectif sous la direction de P. Durand, Paris, 1960, p. 114 et s. F. Saramito, « Le contrat de travail à durée déterminée », *Droit Ouvrier*, 1966, p. 227 et s. *Contra* J. Azema, *opus cité*, p. 66.

problème ? La réponse à ces questions ne peut être donnée qu'après avoir examiné successivement les deux problèmes.

a) *Les règles d'interprétation.*

19. — Selon les principes classiques du droit civil, l'interprétation des clauses d'un contrat doit être faite en fonction de la théorie de l'autonomie de la volonté qui tend essentiellement à la recherche de la volonté des parties. Selon cette théorie le juge doit rechercher la commune intention des parties et s'en tenir à la volonté interne plutôt qu'à la volonté déclarée (9).

20. — Mais la théorie classique a été largement critiquée, notamment sur le problème de la commune intention. On a fait valoir que celle-ci n'existait pas : d'une part, dans un contrat, les intérêts des parties sont en règle générale antagonistes, et lorsqu'il s'agit d'interpréter une clause, chaque partie l'interprète dans le sens de ses intérêts. D'autre part, c'est dans le contrat d'adhésion que cette volonté commune est encore la plus hypothétique : rédigé à l'avance par la partie qui l'impose et accepté sans discussion par la partie qui le subit, on ne peut souvent y voir que la volonté d'un seul.

Ces critiques sont particulièrement valables dans le cas du contrat de travail, car il s'agit d'un contrat dans lequel les parties sont loin d'être sur un plan d'égalité. L'employeur, par sa position économique et sociale, est en mesure d'imposer sa volonté au salarié et, dans la plupart des cas, le salarié accepte purement et simplement les conditions qui lui sont faites. Aussi, « la conception civiliste de l'autonomie de la volonté prétendant résoudre le difficile problème de l'interprétation de la convention par la seule analyse de la volonté commune des parties lors de la conclusion, ne saurait être en matière de contrat de travail purement et simplement transposée » (10). En effet, si le droit du travail reste une branche du droit privé, il faut tout de même lui reconnaître un certain « particularisme » (11). En conséquence, les règles du droit civil ne peuvent pas s'appliquer au contrat de travail sans subir d'importants correctifs ayant pour fondement la prise en considération de cette inégalité, tant économique que sociale, des parties à la convention. Et on ne fait alors que suivre les règles de l'article 1158 du Code civil qui indique que « les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat ». Comme le souligne un auteur, « c'est en fonction de la nature originale du contrat et des rapports individuels de travail que doivent être utilisées

(9) MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, t. II, n° 217, p. 198. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961.

(10) G.H. CAMERLYNCK, *Traité de la rupture*, p. 271.

(11) P. DURAND, « Le particularisme du droit du travail », *Droit Social*, 1945, p. 298 ; G.H. CAMERLYNCK, « L'autonomie du droit du travail », D. 1956, chr. p. 23 ; D. AUTIÉ, *La rupture abusive du contrat de travail*, p. 3 et 4.

et comprises les dispositions du Code civil » (12). Le contrat de louage de services a longtemps été considéré dans l'optique civiliste classique comme mettant en présence deux volontés égales. En réalité, le contrat de travail met aux prises deux contractants dont l'un a la possibilité d'imposer sa volonté à l'autre et dès lors le juge se doit de rétablir un équilibre qui fait défaut et dont l'absence est préjudiciable au salarié. « Le sens qui convient le plus à la matière du contrat » doit s'entendre d'une protection du contractant le plus faible contre celui qui est en position de force au moment de la négociation de l'accord. Rétablir l'équilibre, c'est interpréter en faveur du salarié lorsque la volonté n'est pas clairement exprimée.

C'est dans cet état d'esprit nouveau et en tenant compte du caractère particulier des relations de travail que le juge doit appliquer les dispositions du Code civil concernant l'interprétation et notamment les dispositions de l'article 1162 du Code civil qui dispose : « Dans le doute la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Autrement dit, en pur droit civil, des deux sens dont une convention est susceptible, le juge doit retenir le plus favorable au débiteur et, par voie de conséquence, il devra défavoriser le créancier. On estime, en effet, que le créancier est en faute si le contrat n'a pas été plus clairement rédigé car il était en mesure d'en dicter les conditions. Mais le contrat de travail est un contrat synallagmatique où chaque contractant est à la fois débiteur et créancier. Il semble donc que les créances respectives des parties doivent donner lieu à une interprétation restrictive. L'article 1162 ne paraît être d'aucun secours pour le salarié. Pourtant, si l'on considère qu'en réalité, en parlant de débiteur, les rédacteurs du Code civil ont voulu parler de celui qui accepte en général les conditions du créancier, il suffit pour adapter la règle de l'article 1162 à un contrat quelconque, de rechercher quelle est la partie au contrat qui dicte ses conditions à l'autre.

« Or, en matière de contrat de travail, on doit considérer que le patron stipule et que l'ouvrier contracte l'obligation qui le place en effet dans un état de subordination juridique... De plus, la prééminence du patron, dans la rédaction comme dans l'exécution du contrat de travail, lui impose des devoirs plus précis : il en prend socialement la responsabilité, toute lacune, toute ambiguïté doit lui être imputée. Il lui serait trop facile sinon dans cette lutte intellectuelle et technique inégale, d'abuser de l'ignorance ou de la faiblesse de son cocontractant » (13).

21. — Ainsi, chaque fois que le juge se trouvera devant une convention dont le sens lui paraîtra douteux, devra-t-il faire prévaloir les intérêts du salarié sur ceux de l'employeur : ce qui ne veut d'ailleurs pas dire qu'en ce qui concerne la qualification du contrat de travail, il devra toujours faire prévaloir celle de

(12) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 99, p. 172.
(13) G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 272. *Adde*, du même auteur : « Les statuts professionnels », Cours de doctorat, Paris 1956-1957, p. 70.

contrat à durée indéterminée. Si dans la grande majorité des cas le juge penche pour cette dernière, en vue de faire bénéficier le salarié des garanties attachées à la rupture de cette catégorie de contrat (14), il peut lui arriver aussi de faire prévaloir le caractère temporaire, en vue de le faire éventuellement bénéficier d'une indemnité supérieure à celle qu'il aurait perçue si le contrat avait été qualifié de contrat à durée indéterminée (15).

En définitive, dans tous les cas où la clause concernant la durée des relations contractuelles prête à confusion, le juge doit d'abord rechercher la volonté réelle des parties ; mais s'il n'y parvient pas, il doit se déterminer en fonction de l'intérêt du salarié puisque lors de la conclusion du contrat de travail ce dernier n'a fait qu'adhérer aux propositions de l'employeur et que c'est alors à celui-ci que doit être imputée la rédaction défectueuse des clauses ambiguës. Ainsi la jurisprudence peut-elle réagir contre les abus découlant de la « prérédaction » unilatérale des contrats (16). Par l'application particulière des principes d'interprétation du Code civil, le juge pourra, par-delà une recherche difficile et souvent illusoire de la volonté commune des parties, faire en sorte que la protection du salarié soit assurée. N'ayant en réalité nullement participé à la préparation de son contrat, le salarié ne saurait pâtir de la rédaction obscure ou ambiguë des clauses.

Allant encore plus loin, il ne faut pas perdre de vue que la prééminence de l'employeur peut le conduire quelquefois à qualifier inexactement la convention. En cachant la véritable nature de celle-ci, il essaie d'éviter des conséquences susceptibles de lui être préjudiciables (17). Placé devant le problème de la fausse qualification volontaire, il appartiendra au juge du fond de redresser celle-ci sans avoir à s'en tenir à la lettre du contrat, puisque dans ce cas les clauses ne reflètent pas la volonté commune et sincère des parties.

22. — D'ailleurs, en matière de qualification du contrat de travail, les juges du fond ont un pouvoir souverain et la Cour de cassation est bien fixée en ce sens (18), d'autant qu'elle doit encore se défendre, comme le remarque un auteur, « contre un flot montant de pourvois » (19). Elle exerce toutefois un contrôle de cette qualification par application de la théorie « des clauses claires et précises ». En effet, sous couleur d'interprétation, le juge du fond, dans un trop grand souci de protection des intérêts

(14) C.P. Aix-en-Provence 8 décembre 1954, *Droit ouvrier*, 1955, p. 240.
(15) Soc. 30 novembre 1966, Bull. 1966-IV, n° 903, p. 755.
(16) MARTY et RAYNAUD, t. II, n° 219.
(17) Ainsi, en supposant que la convention collective accorde une indemnité de licenciement substantielle au salarié lié par contrat à durée indéterminée, l'employeur sera tenté de « maquiller » un tel contrat en contrat à durée déterminée par le biais de la tacite reconduction pour éviter à la rupture des relations contractuelles le versement d'une telle indemnité, voir *infra*, n° 122 et s.
(18) Soc. 15 juin 1960, précité ; Soc. 5 octobre 1960, précité ; Soc. 22 mai 1964, précité; Soc. 6 juillet 1966, précité.
(19) CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, 4e éd., 1964, n° 151, p. 500.

du salarié, ne doit pas aller jusqu'à dénaturer des clauses au travers desquelles la volonté des parties ne faisait aucun doute quant à la nature de la convention. Cette théorie « des clauses claires et précises », d'application générale en droit français, et affirmée pour la première fois dans un arrêt toutes Chambres réunies du 2 février 1808 (20), n'a encore jamais été remise en cause jusqu'à nos jours. Elle vient limiter le pouvoir d'interprétation du juge du fond qui ne doit pas aller jusqu'à aboutir à une dénaturation de la volonté des parties (21). Ainsi, lorsqu'un contrat de travail stipule que l'employeur s'engage à prendre un salarié comme vendeur du 10 décembre 1963 au 10 février 1964, la durée du contrat a été fixée sans ambiguïté à deux mois et les juges du fond dénaturent cette clause claire et précise en décidant que les parties avaient entendu conclure un contrat à l'essai (22). Le problème paraît donc pouvoir être facilement résolu ; mais la difficulté provient souvent de l'arbitraire de la distinction que la Cour Suprême est amenée à faire entre la dénaturation des clauses claires et précises, qui sera sanctionnée, et la mauvaise interprétation qui, elle, est inattaquable (23).

b) *Le moment où intervient l'interprétation de la volonté.*

23. — Le problème de la qualification du contrat tenant essentiellement dans l'interprétation de la volonté des parties, le juge doit normalement se placer au moment de la conclusion de la convention pour dégager l'intention des parties quant à la nature du contrat. Mais les situations créées sont parfois d'une telle complexité que l'on ne peut pas dire a priori d'un contrat s'il est ou non à durée déterminée.

Dès lors, et de façon apparemment illogique, le juge recherchera dans des faits postérieurs à la conclusion du contrat quelle a pu être la volonté des parties lors de la conclusion. Pour dégager le caractère temporaire ou non du contrat le juge va se placer au moment de la rupture, au moment où se produit la cessation des relations contractuelles. Cette façon de procéder a paru paradoxale et contestable à certains auteurs, qui estiment que le juge, appelé à se prononcer sur la nature de la convention doit norma-

(20) Cité par A. Rieg, *opus cité*, p. 385 et s.

(21) G. Marty, « Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *Travaux de l'Assoc. Henri Capitant*, t. V, 1949, p. 84 et s. Pour la jurisprudence : Soc. 23 mars 1963, Bull. 1963-IV, n° 281, p. 227 ; Soc. 16 décembre 1964, Bull. 1964-IV, n° 847, p. 700 ; Soc. 15 février 1965, Bull. 1965-IV, n° 141, p. 114.

(22) Soc. 15 février 1965, Bull. 1965-IV, n° 141, p. 114.

(23) Soc. 6 juillet 1966, J.C.P. 1966-IV-122. Dans cette espèce, le contrat était passé « à l'année pour un prix mensuel ». Il semblait donc que la durée du contrat était fixée. Les juges du fond ayant interprété cette clause en faveur du contrat à durée indéterminée, la Cour de cassation rejette le pourvoi en se fondant sur l'appréciation souveraine des juges du fond qui échappe, dit-elle, à son contrôle. L'interprétation donnée par les juges du fond nous paraît sujette à critique dans la mesure où il est alors inutile de préciser que le contrat est passé « à l'année ».

lement se placer au moment de la conclusion et non à celui de son extinction (24).

Il faut remarquer, toutefois, que l'intérêt majeur, l'unique raison d'être de la distinction des contrats de travail fondée sur la durée, tient dans la différenciation des régimes applicables à la rupture (25). Ce qui importe pour le juge ce n'est pas de savoir, a priori, quelle est la nature du contrat qui lie les parties, mais essentiellement de connaître les règles qu'il doit appliquer au moment où s'est produite la rupture. Devant la complexité des situations particulières, il ne peut y avoir de notion unitaire. Un contrat de travail peut être composé de plusieurs périodes successives et suivant le moment où intervient la rupture, les règles applicables doivent pouvoir différer. Le point délicat pour le juge est alors de déterminer si le moment où est intervenue la rupture avait ou non été prévu lors de la conclusion du contrat comme devant marquer la fin de la collaboration des parties. Il n'y a aucun paradoxe, aucune contradiction à soutenir que le juge doit interpréter la volonté des parties lors de la formation du contrat et à dire que, pour ce faire, il doit se placer au moment de la rupture pour examiner si les conditions dans lesquelles elle est intervenue avaient été ou non prévues par les contractants.

Si la rupture qui est intervenue avait été envisagée dès l'origine, il s'agit d'une situation normale, et deux hypothèses sont possibles. Ou bien il s'agit du mode de rupture des contrats à durée déterminée : dans ce cas le juge appliquera les règles inhérentes à cette catégorie. Ou bien il s'agit du mode normal de rupture du contrat à durée indéterminée et le juge appliquera les règles particulières à ce genre de contrat. Si, par contre, ce moment de rupture n'était pas prévu dès l'origine par les parties, il s'agit d'une rupture anormale, dont le juge tirera les conclusions dans le cadre des principes de la responsabilité contractuelle.

Pour notre part, nous considérons que cette démarche intellectuelle du juge est cohérente, et le fait qu'il se place, pour se faire une opinion, au moment où se produit la rupture ne nous apparaît pas en opposition avec les principes classiques (26). C'est seulement en envisageant le moment où se produit la rupture qu'il peut se rendre compte s'il était ou non prévu par les parties dès l'origine comme devant marquer la fin du contrat.

24. — Finalement, il ne fait aucun doute que le rôle que le juge est appelé à jouer dans le domaine de la qualification du contrat de travail va surtout dépendre de l'utilisation des larges pouvoirs qui lui sont reconnus. Il peut rechercher la volonté des

(24) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 276.

(25) *Infra*, 2e partie, n° 143 et s.

(26) Ainsi nous avons un autre exemple d'une telle technique lorsqu'il s'agit de savoir si les parties sont liées par un contrat de travail ou un autre contrat. Le juge va, non pas se référer à la conclusion du contrat, mais aux conditions dans lesquelles il a été exécuté. Ce sont ces considérations de fait postérieures à la conclusion du contrat qui l'aident à interpréter la volonté des parties lors de la conclusion de la convention douteuse. Cf. G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 32, p. 53

parties au-delà de ce qu'elles auront ou non exprimé dans le contrat : c'est de la part de liberté qui lui est laissée dans sa recherche, que dépendra la plus ou moins large reconnaissance de l'une des catégories de contrats par rapport à l'autre. Il a semblé à la majorité de la doctrine que la tendance de la jurisprudence est de faire prévaloir, chaque fois qu'elle le peut, la qualification de contrat à durée indéterminée (27). Il faudrait donc en déduire un parti pris des juges du fond en faveur d'une des catégories. Cette déduction serait un peu hâtive, car il ne semble pas que la jurisprudence soit orientée : « Elle a pris une plus claire conscience des concepts de contrats à durée déterminée ou à durée indéterminée. Les solutions jurisprudentielles ne sont pas artificielles... » (28) et sont fondées sur des critères que l'on doit pouvoir découvrir en procédant à l'analyse des décisions intervenues.

Section II. — Les critères dégagés par la jurisprudence

25. — Etudiant la jurisprudence rendue jusqu'en 1950, Paul Durand en avait dégagé une définition du contrat à durée déterminée, qui fut maintes fois reprise par la doctrine et même parfois par la jurisprudence. « *Le contrat à durée déterminée est celui dont l'échéance est fixée par un événement futur et certain et dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties* » (29).

Si on analyse cette définition, on s'aperçoit qu'elle se divise en deux propositions, l'une positive à caractère objectif, l'autre négative et de caractère plus subjectif. Pour qu'un contrat soit à durée déterminée, il faut, d'une part, qu'il soit assorti d'un terme, élément objectif nécessaire et, d'autre part, que ce terme ne puisse être déclenché par la volonté exclusive des parties, élément de caractère plus subjectif. En élaborant de façon très précise cette définition, l'auteur a essayé de dégager le critère qui permettrait à coup sûr, dans tous les cas, et a priori, de dire qu'un contrat est ou non à durée déterminée.

Or, le véritable problème n'est pas là. Envisager la question sous cet angle, c'est estimer que la qualification est une fin en soi. A notre avis, si le juge doit qualifier la convention qui lie les parties, c'est essentiellement pour déterminer les règles applicables à la rupture. L'enjeu de la qualification tient tout entier dans la différence des règles applicables à la cessation des relations contractuelles. Aussi, la définition donnée par Paul Durand du contrat à durée déterminée, si elle est juste dans une grande mesure, ne nous paraît pas refléter la réalité des choses. En effet, dans une définition consacrée à la seule catégorie du contrat à

(27) J. Vincent, *opus cité*, p. 396 ; J.M. Bischoff, *opus cité*, p. 114 et s. ; F. Saramito, *opus cité*, p. 229.

(28) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 173, p. 310-311.

(29) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 173 ; F. Saramito, *opus cité*, p. 227 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, p. 443 ; Soc. 18 février 1960, Bull. 1960-IV, n° 197, p. 153.

durée déterminée, il nous semble que l'auteur, s'il fait à juste titre intervenir l'élément essentiel de cette catégorie de contrat, fait également intervenir un autre élément, qui lui se rattache exclusivement au contrat à durée indéterminée. Si incontestablement le terme, élément objectif, appartient à la sphère des contrats à durée déterminée, l'intervention de la volonté des parties lors de la rupture des relations contractuelles se rattache en fait exclusivement au contrat à durée indéterminée.

§ 1. — *Le terme, critère du contrat à durée déterminée.*

26. — Si l'on se reporte à la définition donnée par Paul Durand, selon laquelle, « l'échéance doit être un événement futur et certain », on constate que la cessation des relations contractuelles dans un contrat à durée déterminée ne se conçoit que par l'arrivée d'un terme, celui-ci étant un événement futur mais qui, à la différence de la condition, est de réalisation nécessaire et se caractérise par la certitude de l'échéance. Le critère du contrat à durée déterminée résiderait donc dans l'existence d'un terme.

27. — Mais les difficultés commencent avec la possibilité pour les contractants de choisir comme moment de cessation du contrat, une date, un événement quelconque, une situation, etc. Une date est par excellence l'événement délimitant de façon précise le laps de temps séparant le début de la fin de la convention ; mais, les parties peuvent fixer la durée de leurs relations par rapport à la survenance d'un fait qui, s'il se produira nécessairement, laisse planer sur sa date de réalisation une certaine indétermination. Ainsi, entre la détermination précise de la durée et l'indétermination totale, il existe une foule de situations possibles, sciemment voulues ou non par les parties, et parmi lesquelles le juge doit tracer une frontière qui délimitera le domaine respectif de chaque catégorie de contrats. Suivant le degré de précision qu'il va exiger pour caractériser la détermination, le juge peut influer dans une large proportion sur la prédominance d'une des catégories par rapport à l'autre. En conséquence, une grande latitude lui est laissée, qu'il peut utiliser pour rétablir un équilibre rompu par la trop grande puissance de l'un des contractants sur le choix de l'événement devant mettre fin aux relations.

Si le juge applique les principes que nous avons dégagés concernant la protection du salarié, il doit adopter une attitude restrictive en ce qui concerne le domaine du contrat à durée déterminée. Pour ce faire, il se révélera très exigeant sur les conditions que doit remplir le terme, et notamment sur sa précision. Or, suivant la terminologie classique, le terme peut être certain ou incertain, selon que la date précise de sa survenance est ou non prédéterminée (30), et Paul Durand, dans la définition qu'il donne, ne

(30) Planiol et Ripert, t. VII par Gabolde, n° 999 ; Marty et Raynaud, t. II, n° 726.

semble pas faire intervenir la précision du terme ; du moment qu'il existe, le contrat est à durée déterminée. Qu'en est-il aujourd'hui ?

a) *Le terme certain.*

28. — Il n'y a aucun problème lorsque les intéressés ont clairement manifesté leur volonté d'être liés pour une période bien définie. Ainsi un engagement de date à date ne peut être qualifié que de contrat à durée déterminée, puisque le moment où la convention doit s'éteindre ne laisse planer aucun doute dans l'esprit des parties (31). Toutefois, il ne faut pas qu'une indétermination quelconque puisse subsister (32). En effet, l'étude de la jurisprudence montre que le juge applique de façon restrictive la notion de terme certain et ce fait est significatif de son attitude face au problème de la détermination de la durée dans le contrat. Pour que le contrat soit à durée déterminée, il faut non seulement que les parties aient conscience du caractère limité, temporaire, des relations, mais aussi et surtout, il faut qu'elles sachent à quel moment exact les relations de travail doivent se terminer.

Cette conclusion nous paraît largement corroborée par un arrêt récent de la Cour de cassation (33). Celle-ci approuve les juges du fond d'avoir déduit d'une clause d'un contrat « à l'année pour un prix mensuel » qu'un tel contrat était à durée indéterminée. On peut critiquer l'interprétation très étroite d'une telle clause, en relevant qu'il était alors inutile de préciser que le contrat était « à l'année ». Mais on doit surtout relever que la jurisprudence exige une précision très grande du terme certain pour que la qualification de contrat à durée déterminée s'applique. Ce contrat « à l'année pour un prix mensuel » est considéré comme un contrat à durée indéterminée parce que suivant cette clause, il n'est pas du tout certain que le contrat se terminera un an après la prise de fonctions. Les juges, sur la base des circonstances de la cause, ont acquis la conviction qu'il subsistait une certaine indétermination sur le moment d'extinction de la convention ; les parties, au moment de la formation du contrat, ne sont pas certaines du moment exact de réalisation du terme, et, de ce fait, les juges ne peuvent pas qualifier la convention de contrat à durée déterminée malgré les apparences. La précision fait défaut et laisse subsister une trop large part d'indétermination. Souvent d'ailleurs, ce sont les circonstances de la cause qui jouent un rôle primordial dans la prise en considération par le juge de la psychologie des contractants au moment de la formation du contrat. Ainsi la Cour de cassation a censuré les juges du fond pour avoir déclaré qu'un employeur ne pouvait rompre impunément le contrat qui le liait à un salarié à son service

(31) Soc. 22 mars 1963, Bull. 1963-IV, n° 281, p. 227 ; Soc. 15 février 1965, Bull. 1965-IV, n° 141, p. 114.
(32) Soc. 6 juillet 1966, J.C.P. 1966-IV-122.
(33) Soc. 6 juillet 1966, précité.

depuis plusieurs années, sans donner de réponse aux arguments de l'employeur qui avait fait valoir que l'ouvrier était un journalier payé à la fin de chaque journée et qui travaillait quand il le voulait. Pour la Cour Suprême, les circonstances de fait mises en avant par l'employeur tendaient à démontrer que le salarié n'avait eu conscience en contractant que de se lier de façon temporaire, et les juges du fond auraient dû, pour résoudre le problème de la détermination de la durée, tenir compte de ces faits pour avoir une idée de la volonté des contractants lors de la formation des relations (34).

29. — Les usages de la profession sont d'ailleurs d'un grand secours pour le juge en matière de certitude du terme, dans l'hypothèse notamment où, bien que la période de temps prévue par les parties ne soit pas mathématiquement définie, elle correspond en fait dans l'esprit des parties à une durée bien précise. C'est le cas, par exemple, de la « saison » théâtrale, thermale, agricole. Ainsi, les juges du fond considèrent que le directeur des jeux d'un casino, engagé verbalement pour une saison, qui a reçu à l'expiration de la saison un certificat de travail de son employeur, situation qui s'est renouvelée l'année suivante, est engagé dans les liens d'un contrat à durée déterminée, saisonnier. En constatant que ce salarié a avoué avoir conscience du caractère saisonnier de son engagement, les juges du fond sont certains de ne pas encourir la censure de la Cour Suprême pour leur interprétation (35). La Cour de cassation estime, en effet, dans un tel cas qu' « il n'y avait *aucun doute sur l'intention des parties* d'être liées par un contrat saisonnier, conclu pour la durée *déterminée* de la saison ». Dans l'esprit des deux parties à la convention, cette saison correspond à une période bien déterminée car elle résulte d'un usage connu de tous les professionnels de ces branches particulières. Dès l'instant où un salarié s'engage pour la saison dans une de ces branches d'activité, il est censé connaître le caractère limité de la durée de l'emploi. Ici encore, le terme peut être qualifié de certain et le juge penchera pour la qualification de contrat à durée déterminée (36). Il semblerait toutefois ici que l'exigence de précision soit abandonnée. Il n'en est rien en réalité, car la connaissance *précise* de l'échéance saisonnière est essentielle pour la qualification. C'est, en effet, ce que déclare un autre arrêt récent de la Cour de cassation (37).

En l'espèce, il s'agissait d'un ouvrier engagé le 6 janvier 1965 par une brasserie « en qualité d'ouvrier saisonnier pour la saison brassicole 1965 ». Cet ouvrier est licencié sans préavis le 29 septembre 1965 et il introduit une demande en paiement du préavis.

(34) Soc. 18 décembre 1961, J.C.P. 1962-II-12506, note G.H.C., *Droit Ouvrier*, 1962, p. 156.

(35) Soc. 16 janvier 1963, Bull. 1963-IV, n° 65, p. 53.

(36) Soc. 4 janvier 1958, I.C.E. 1958-497 ; T. civ. Lorient, 13 mai 1958, J.C.P. 1958-IV-132 ; Soc. 19 octobre 1960, J.C.P.-IV-162 ; Soc. 16 janvier 1963, Bull. IV, n° 65, p. 53.

(37) Soc. 2 mai 1967, J.C.P. 1967-IV-90, Bull. 1967-IV, n° 348, p. 291. Dans le même sens Soc. 5 octobre 1960, Bull. 1960-IV, n° 821, p. 632.

Les juges du fond le lui accordent et expliquent leur solution en précisant que « le contrat de travail était autant sinon plus un contrat à durée indéterminée qu'à durée déterminée puisqu'il ne comportait aucune date d'échéance et qu'il donnait au salarié une insécurité et une instabilité plus grandes que celles que procure un contrat à durée indéterminée ou un contrat à durée vraiment déterminée d'une façon précise ». L'employeur se pourvoit contre ce jugement en arguant que le contrat conclu pour une saison suppose nécessairement une échéance précise qui est la fin de la saison et que sa durée ne peut être considérée comme indéterminée du seul fait du défaut d'indication de son échéance. La Cour de cassation rejette le pourvoi en répondant que l'employeur n'apporte pas la preuve que la saison *comportait une échéance précise connue à l'avance du salarié.*

Le contrat saisonnier est donc qualifié de convention temporaire lorsque la période pendant laquelle les parties sont liées est invariable pour la profession considérée et lorsqu'il s'agit de contrats passés par des professionnels, c'est-à-dire par des salariés qui sont censés connaître la date d'échéance de la saison. Mais dès que la date d'extinction est susceptible de varier, ou lorsque le salarié n'est pas en mesure de pouvoir la déterminer avec précision, l'indétermination apparaît qui entraîne la qualification de contrat à durée indéterminée même si cette part d'indétermination est minime.

30. — A l'issue de cette première approche du problème on constate donc que la jurisprudence tend à exiger une précision très grande dans la fixation du terme, lorsque celui-ci est certain. Le moment de réalisation du terme certain ne doit pas donner lieu à la moindre indétermination lors de la formation du contrat.

Mais cela veut-il dire que la fixation d'un terme incertain ne puisse plus conduire à la qualification de convention à durée déterminée ? On pourrait le croire dans la mesure où le terme incertain est celui dont la date exacte de réalisation n'est pas connue, et que la jurisprudence exige déjà une précision très grande en matière de terme certain. Cette opinion a été avancée par une partie de la doctrine qui déplore que la Cour de cassation ait « rompu avec le critère civiliste du terme » (38) et, de ce fait, ait abandonné à la catégorie des contrats à durée indéterminée, les contrats de travail assortis d'un terme incertain ? S'il est incontestable que la jurisprudence se montre très restrictive en matière de terme certain, nous ne pensons pas que les conséquences aillent si loin que le terme incertain ne puisse plus servir à caractériser la limitation de la durée du contrat.

b) *Le terme incertain.*

31. — Pour la majorité des auteurs qui ont abordé ce problème, le « dies incertus » peut toujours conduire à la qualifica-

(38) Note C.M. sous Soc. 16 mai 1961, J.C.P. 1961-II-12282.

tion de convention temporaire (39). Y a-t-il alors contradiction entre les diverses solutions de la Cour de cassation ? Il peut paraître, en effet, contradictoire que le terme incertain puisse entraîner la qualification de contrat à durée déterminée, alors que le terme certain doit parfois pour y parvenir avoir une précision très grande. Pourtant, de telles solutions ne sont pas inconciliables. En effet, le principe même du terme incertain est inscrit dans l'article 20 Livre I du Code du travail. Cet article considéré, de façon unanime, comme traitant des contrats à durée déterminée, parle « d'entreprise déterminée » (40). En fait, l'article 20 Livre I du Code du travail recouvre deux choses différentes que la doctrine a englobé dans la même expression de « contrat à durée déterminée » par opposition au contrat à durée indéterminée. Il y a le véritable contrat à durée déterminée dont le type même est le contrat de date à date, et le contrat conclu « pour une entreprise déterminée » dont on ne peut dire que la durée en soit mathématiquement précisée, mais dont on sait qu'il doit se terminer à un moment précis, bien défini par les parties dès l'origine. Il devient évident ici que c'est la terminologie elle-même qui est discutable. Il paraît difficile, en effet, de qualifier de contrat à durée déterminée une convention dont aucune des parties ne peut dire à quelle date elle prendra fin. En réalité, il serait plus exact, dans le cas du terme incertain, de parler de contrat temporaire.

32. — 1° Le mot « entreprise » doit être pris ici dans le sens de « tâche », de prestation à fournir par le salarié et non dans le sens d'entité économique groupant le patron et les salariés (41). Dans une telle hypothèse, la jurisprudence a toujours admis que ce qui importe c'est que, dans l'esprit des parties, la durée de l'exécution des obligations soit limitée de façon précise et intangible, bien que la date même marquant la fin de la « tâche » ne soit pas connue. Ainsi, la construction d'un four à briques (42), le métrage d'appartements (43), la présentation d'une collection de couture (44), sont des exemples de telles tâches dont l'achèvement doit marquer la fin du contrat, sans que l'on puisse pourtant en fixer avec précision la date. Aucune indétermination ne subsiste sur le sort des relations contractuelles après l'achèvement de la tâche prévue. Elles doivent cesser. Point n'est besoin de date ici pour fixer de façon claire, sinon précise, le caractère temporaire du contrat. La doctrine ancienne avait nettement dégagé cette distinction en soutenant que l'engagement fait pour une entreprise déterminée ressemble à l'engagement fait pour un

(39) P. DURAND et A. VITU, t. II, p. 311; G.H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, n° 271, p. 451; J. VINCENT, *opus cité*, p. 397.

(40) Art. 20, L. I, Code du travail : « On ne peut engager ses services qu'à temps ou *pour une entreprise déterminée* ».

(41) P. DURAND et A. VITU, eod. loc. ; G.H. CAMERLYNCK, *Traité de la rupture*, p. 274 ; *Contrat de travail*, p. 453.

(42) T. civ. Seine 13 juillet 1933, Q.P. 1933-969.

(43) T. civ. Seine 6 juillet 1950, Jurisclasseur Travail, fasc. 29, n° 8.

(44) Soc. 3 mars 1960, Bull. 1960-IV, n° 255, p. 202.

temps fixe en ce qu'il ne comporte *ni possibilité de continuation, ni faculté de résiliation,* mais qu'il en diffère par la façon dont le terme est fixé : achèvement d'une tâche précise et non écoulement d'un laps de temps précis (45). Comme dans le cas du terme certain, ce sont les circonstances de la cause qui doivent guider le juge qui, dans chaque cas d'espèce, doit se demander quelle était, au moment de la formation du contrat, la psychologie des contractants. Cette conclusion est confirmée par un arrêt très récent de la Chambre sociale de la Cour de cassation aux termes duquel : « Est à durée déterminée, le contrat conclu pour un certain nombre de mois, avec prolongation éventuelle pendant un autre nombre de mois pour le cas où l'objet de la convention ne serait pas réalisé avant le terme et qui précise que les parties ne prennent aucun engagement pour continuer, sous quelque forme que ce soit, leur collaboration après une date fixée » (46). Dans cette espèce, la date ne peut être connue avec précision puisque le contrat prévoit même une possibilité de prolongation au cas où la tâche fixée ne serait pas accomplie ; mais, ce qui entraîne la conviction des juges et les fait pencher pour le caractère temporaire du contrat, c'est le fait que les parties sont conscientes qu'après achèvement de la tâche fixée, les relations contractuelles seront terminées parce qu'elles l'ont précisé au moment de la conclusion du contrat. Leur volonté, sans équivoque possible, était de conclure un contrat limité dans le temps. Ce qui compte pour la jurisprudence, c'est que les parties aient conscience de ce caractère limité et temporaire, et qu'elles aient aussi conscience dès l'origine de l'événement précis qui marque la fin des relations contractuelles. Cet événement peut être une date, mais aussi le moment d'achèvement d'une tâche.

33. — 2° Aussi, sur certains problèmes, la jurisprudence a-t-elle reconsidéré sa position à travers l'évolution des conditions de travail et elle s'est adaptée aux changements intervenus. Ainsi, en ce qui concerne le travail aux pièces, la jurisprudence considérait à l'origine qu'un tel contrat constituait ce que l'article 20 Livre I du Code du travail appelle une « entreprise déterminée ». Elle estimait que le contrat prenait fin avec l'achèvement de chaque lot de marchandises (47). Cette forme de contrat lui apparaissait inconciliable avec l'institution du délai-congé dont l'échéance pouvait tomber pendant une période de fabrication. Or cette solution de la jurisprudence, beaucoup trop rigide, prêtait à la critique. Les auteurs firent remarquer qu'en général, « le contrat de travail aux pièces n'était qu'un moyen d'intensifier la production ; il n'y avait là qu'un mode particulier de calcul du salaire » (48). L'observation ne manquait pas de perti-

(45) Voir note Planiol sous Amiens 2 janvier 1892, D.P. 1892, p. 489.

(46) Soc. 19 mars 1969, J.C.P. 1969-IV-116.

(47) Civ. 18 mai 1909, D.P. 1910-I-46, S. 1909-I-484 ; Civ. 8 janvier 1913, D.P. 1914-I-214, S. 1913-I-190 ; Civ. 30 novembre 1927, S. 1928-I-45 ; Civ. 14 décembre 1927, D.H. 1928-51.

(48) J. Vincent, *opus cité,* p. 397. Dans le même sens Beudant, t. XII, n° 140.

nence et, de nos jours, si les parties conviennent d'une telle forme de contrat, elles n'ont pas en vue la limitation dans le temps de leurs obligations réciproques, mais effectivement un mode de calcul de la rémunération.

Aussi, la jurisprudence, sensible à ces critiques, a-t-elle modifié sa solution. Si le nombre de pièces à produire ou à transformer a été fixé d'avance, le contrat sera à durée déterminée. Par contre, « si le nombre de pièces n'a pas été limité lors de l'embauche », le contrat sera à durée indéterminée (49) : la solution est cohérente. Dans le premier cas, les parties ont entendu limiter la durée de leurs relations, elles ont voulu leur donner un caractère temporaire. Celles-ci cessent avec l'achèvement de la tâche prévue. Il n'y a aucune indétermination sur le caractère temporaire des rapports contractuels dont la fin est marquée par un événement précis. Dans le second cas, par contre, la prévision par les parties du caractère temporaire de la convention est absente, la clause de « travail aux pièces » n'étant alors qu'un mode particulier de calcul de la rémunération.

34. — 3° C'est la conscience que les parties ont d'être engagées pour une durée limitée, dans le but d'accomplir une tâche bien définie, qui doit conduire le juge à qualifier la convention de contrat temporaire. Ainsi le remplacement d'un salarié temporairement absent doit aussi conduire à cette qualification, à condition toutefois que le caractère précaire de l'emploi ait été précisé au moment de la conclusion de la convention. De tels cas se présentent en cas de maladie du salarié et éventuellement de grève, c'est-à-dire dans des situations où l'employeur ne peut pas rompre le contrat du salarié absent. La durée de l'événement suspensif est malaisée à définir avec précision, mais le contrat dont la durée est fonction de celle de cet événement doit être qualifié de temporaire et suivre les règles des contrats à durée déterminée. En effet, d'une part, le caractère limité de l'engagement est précisé au moment de l'embauche et, d'autre part, le contrat ne comporte aucune possibilité de continuation, ni faculté de résiliation. La fin en est marquée par le retour du salarié dont le contrat était suspendu, c'est-à-dire par un événement de caractère objectif sur lequel la volonté des parties est sans influence.

Cette solution paraît aller de soi et, pourtant, la jurisprudence fait une différence entre le remplacement du salarié malade et le remplacement du salarié gréviste.

35. — En cas de remplacement d'un salarié malade, la jurisprudence applique la solution normale. Le salarié remplaçant doit céder la place au salarié guéri et ceci sans qu'il soit besoin d'observer le préavis (50). On peut d'ailleurs critiquer cette solution en ce qu'elle a des conséquences néfastes pour le salarié remplaçant qui, d'un jour à l'autre, se retrouve sans emploi. Une

(49) Soc. 7 janvier 1943, Q.P. 1943-231.

(50) Civ. Seine 23 février 1933, Q.P. 1933-877, citée par G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, p. 451, note 1.

partie de la doctrine la condamne d'ailleurs en disant : qu' « il ne suffit pas que le travailleur soit averti de la précarité d'un emploi pour le priver des garanties légales prévues pour le protéger contre cette précarité même » (51). Mais, s'il est vrai que la solution jurisprudentielle prive le salarié des indemnités de rupture, nous ne pouvons approuver la critique précitée. En effet, les garanties légales, nous le verrons (52), ont pour but d'atténuer les inconvénients résultant de l'utilisation par l'employeur du droit de résiliation unilatérale qu'il détient dans le contrat à durée indéterminée. Pour que les indemnités soient accordées, il faut que l'employeur ait rompu le contrat par une manifestation de sa volonté. Or ici, cette faculté de résiliation unilatérale n'existe pas dans la mesure où c'est le retour du salarié absent qui fixe un terme au contrat, retour qui constitue un événement de nature objective sur lequel la volonté de l'employeur est sans influence. La solution n'est qu'une pure application du principe de l'article 20, Livre I du Code du travail et, en ce sens, elle n'encourt pas la critique.

36. — Beaucoup plus critiquable, par contre, est l'attitude de la jurisprudence en matière de remplacement des grévistes. Le salarié en grève bénéficie de la suspension légale de son contrat. L'employeur peut engager des salariés pour remplacer la main-d'œuvre qui lui fait défaut du fait de la grève, mais de tels engagements ne peuvent être que temporaires. En effet, les principes applicables sont les mêmes que dans le cas du remplacement du salarié malade. La doctrine d'ailleurs est incontestablement en ce sens : « l'embauche n'est que provisoire et la priorité incontestable revient aux grévistes, dont le contrat momentanément suspendu reprend ses entiers effets » (53). Dès la cessation du mouvement de grève, le contrat précaire prend fin comme il aurait dû en être convenu au moment de la conclusion. En maintenant le salarié de remplacement au détriment du salarié gréviste, l'employeur commet un abus de droit. Mais comme l'abus de droit ne donne lieu qu'à l'obtention de dommages-intérêts par suite de l'impossibilité d'obliger l'employeur à la réintégration (54), c'est le principe même du caractère temporaire du remplacement qui est remis en cause. La jurisprudence va d'ailleurs encore plus loin dans l'hérésie, puisqu'elle estime que la résiliation du contrat des grévistes n'est pas abusive dans la mesure où l'employeur ne saurait assurer du travail à la fois aux grévistes et au personnel de remplacement (55). Autrement dit, la situation du personnel de remplacement devient plus stable

(51) G.H. Camerlynck, « *De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée* », J.C.P. 1961-I-1655.

(52) *Infra*, II[e] partie, n° 301.

(53) H. Sinay, « La grève », in *Traité de droit du travail*, t. VI, p. 256, n° 113 b.

(54) Voir *infra*, 2[e] partie, n° 349 et s. Voir Soc. 9 juillet 1951, *Droit Social* 1952, p. 115 ; Soc. 27 novembre 1952, *Droit Social* 1953, p. 100.

(55) Soc. 27 juillet 1952, *Droit Social* 1952-683, note P.D. Dans le même sens C.P. Lannion 11 mai 1963, *Liaisons Sociales* 1963, n° 2864, A 6.

que celle du personnel en place, normalement protégé par la loi. Il y a dans cette solution une contradiction flagrante. Le salarié engagé temporairement pour remplacer le salarié en grève est lié par un contrat à durée déterminée dont la limite est marquée par la fin de la grève. La reprise du travail par les salariés grévistes est l'événement de caractère objectif qui marque normalement le terme du contrat temporaire du salarié remplaçant. En en décidant autrement, on aboutit à ce que la solution jurisprudentielle soit en contradiction avec les principes de l'article 20 Livre I du Code du travail. Cela est d'autant plus grave que, sur le plan du droit de grève, une telle solution constitue une atteinte sérieuse à la protection accordée par la loi aux salariés grévistes (56).

37. — Le rapprochement que l'on peut effectuer entre la situation faite au salarié malade et au salarié gréviste montre que la jurisprudence n'a pas encore considéré le problème posé par la distinction des contrats dans son ensemble. Elle se détermine cas par cas, et des considérations étrangères à la question font parfois que les solutions données sont contradictoires. En réalité, dans les deux cas, le salarié dûment averti lors de l'embauche qu'il ne l'est que pour un temps limité, est conscient de la précarité de son emploi et du fait qu'au terme du contrat les relations contractuelles ne se continueront pas. *De tels contrats sont temporaires par nature même.* La conscience que les parties ont du caractère nécessairement limité de leurs relations doit conduire le juge, aux termes de l'article 20 Livre I du Code du travail, à qualifier ces contrats de contrats à durée déterminée (56 bis).

38. — 4° On doit aussi rattacher à la notion d'« entreprise déterminée » les contrats conclus dans la branche professionnelle des spectacles « pour la durée de réalisation d'un film ». En effet, les parties à une telle convention entendent bien cesser leurs relations de travail à l'achèvement du film et reprendre leur liberté. Ici aussi, la durée de la tâche est impossible à préciser par avance et on pourrait admettre d'un tel contrat que sa durée est indéterminée. En réalité, ce qui compte, ce n'est pas que la date précise d'achèvement soit connue car la durée de la tâche est impossible à préciser d'avance, mais c'est le fait que les parties ont conscience dès l'origine du caractère temporaire de leurs relations et de la cessation inéluctable du rapport juridique à la fin de la « tâche » envisagée.

(56) H. Sinay, *opus cité,* eod. loc.

(56 bis) On doit néanmoins relever un arrêt récent qui semble exiger que le contrat de remplacement contienne un date ou tout au moins des indications de nature à permettre au salarié d'envisager la date à laquelle la tâche qui lui incombe prendra fin, pour qu'il soit à durée déterminée. Soc. 14 février 1970, Bull. 1970, V, n° 95 p. 71, D. 1970, som. 75. Cette solution est critiquable car dans l'esprit du salarié la précarité de son emploi ne fait aucun doute. C'est appliquer au terme incertain les principes du terme certain.

39. — Le problème peut se révéler beaucoup plus délicat lorsque le contrat est conclu « pour la durée de la Revue » ou pour la « durée de la pièce ». Il faut remarquer ici que c'est essentiellement l'usage qui veut que l'acteur soit considéré comme engagé pour une durée déterminée, usage qui d'ailleurs s'est cristallisé dans la convention collective qui régit la profession. Mais un tel contrat comprend en réalité plusieurs périodes différentes (57). Dans un premier temps, le contrat est à durée déterminée, la détermination étant absolue en ce sens que l'acteur a l'assurance de recevoir un nombre de cachets irréductibles quelle que soit la durée effective de la pièce, même si elle est immédiatement retirée de l'affiche. A cette période succède une période de durée déterminée, la détermination n'étant plus alors que relative et correspondant au temps d'exploitation normal d'une pièce, soit un certain nombre de représentations. Enfin, une troisième période peut s'ouvrir dont la durée ne peut absolument pas être précisée car elle est alors fonction du chiffre des recettes et l'entreprise peut alors cesser à la fin de chaque représentation.

Malgré l'imprécision de cette dernière période, un tel contrat doit être considéré dans son ensemble comme un contrat à durée déterminée. Non seulement l'usage l'impose mais la logique le veut. D'une part, les parties sont conscientes d'être engagées dans les liens d'un contrat temporaire et, d'autre part, un nouvel élément permet de préciser la notion de détermination de la durée au sens de l'article 20 Livre I du Code du travail : en effet, la durée des relations contractuelles est essentiellement fonction d'un tiers au contrat, à savoir le public. La volonté des parties ne saurait aboutir à une résiliation unilatérale du contrat. Lorsque le public boude la pièce, il est de l'intérêt des deux parties de cesser les relations.

40. — 5° La question de l'application de l'article 20, Livre I du Code du travail a récemment rebondi à propos des contrats conclus par les entrepreneurs de travaux publics. Une pratique s'est instaurée d'engager les ouvriers « pour la durée des travaux du chantier ». Cette formule, dans la mesure où elle semble viser une « tâche » à effectuer pourrait faire considérer qu'un tel contrat est à durée déterminée. Elle ressemble d'ailleurs étrangement à la formule d'engagement pour « la durée de la réalisation d'un film » utilisée dans la profession des spectacles. Dans les deux cas l'incertitude est complète sur la date d'extinction de la convention. Et pourtant, les solutions données par la jurisprudence sont opposées et, de ce fait, paraissent contradictoires.

En effet, nous avons vu que l'engagement fait « pour la durée de réalisation d'un film » est considéré par la jurisprudence come un engagement temporaire. Par contre, la Cour de cassa-

(57) T. Civ. Seine 13 juin 1957 et 27 juin 1957, J.C.P. 1957-II-10198, note B.P. *Adde :* CHESNAIS, « *L'acteur* », n° 86.

tion, par deux arrêts en date des 12 janvier et 16 mai 1961 (58) a rejeté le pourvoi contre deux décisions des juges du fond qui ont considéré que le contrat conclu pour la durée des travaux du chantier est conclu pour une durée indéterminée. Depuis lors, la jurisprudence continue dans cette voie (59). L'argument principal sur lequel les juges du fond se sont appuyés pour donner cette solution est le fait que « la date à laquelle les travaux du chantier visé devaient être terminés n'avait pas été précisée au moment de l'embauche ».

On pourrait critiquer ce seul point d'argumentation des juges du fond en faisant remarquer qu'en matière d'engagement « pour la durée de réalisation d'un film », la date à laquelle cette dernière doit se terminer n'est pas précisée elle non plus et, pourtant, ils qualifient un tel contrat de contrat à durée déterminée. C'est pourquoi, tirant argument des termes mêmes de la décision, une partie de la doctrine élève une vigoureuse protestation, accusant la Cour de cassation de rompre « avec le critère civiliste du terme admis jusqu'alors en doctrine et en jurisprudence » (60), et elle en déduit que dorénavant seuls les contrats à terme certain peuvent être qualifiés de contrats à durée déterminée. Cette conclusion hâtive nous paraît fausse car, en réalité, la jurisprudence ne fait qu'utiliser le critère même qu'elle a dégagé.

Dans l'engagement pour la « durée des travaux d'un chantier », la jurisprudence estime que le terme n'est pas suffisamment précis car il laisse subsister dans l'esprit du salarié une indétermination. Les juges du fond ont d'ailleurs tendance à renforcer leurs exigences sur le degré de précision du terme. Ainsi il ressort d'une décision du 20 juillet 1967 que l'indication d'une durée approximative, c'est-à-dire d'une durée — certes mesurée — mais assortie de l'adverbe « environ » suffit à ôter au contrat son caractère déterminé (61). Et il ne faudrait surtout pas en déduire que c'est uniquement la protection du salarié qui guide la jurisprudence car, en l'occurrence, le salarié avait intérêt à ce que le contrat soit qualifié de temporaire.

Une autre partie de la doctrine approuve d'ailleurs la solution, mais en relevant qu'il ne faut pas accorder une valeur de solution de principe à ces décisions de la jurisprudence. Il ne s'agit, en effet, que d'arrêts de rejet, « simple approbation de la solution donnée au délicat problème de la qualification exacte du contrat par interprétation souveraine de la volonté probable des parties, d'après les circonstances de l'espèce » (62). Or la volonté des parties pourrait très bien être de s'engager dans l'idée d'une colla-

(58) Soc. 12 janvier 1961, I.C.E. 1961-404 ; Soc. 16 mai 1961, J.C.P. 1961-II-12282, note C.M.

(59) Soc. 11 mai 1964, Bull. 1964-IV, p. 322 ; Soc. 20 juillet 1967 ; J.C.P. 1967-IV-138 — J.C.P. 1967-II-15275 et la note — *Droit Ouvrier* 1968-103 ; Soc. 2 juillet 1969, J.C.P. 1969-IV-223.

(60) Note C.M. sous Soc. 16 mai 1961, précité.

(61) Soc. 20 juillet 1967, précité.

(62) G.H. Camerlynck, chronique précitée. *Adde : Contrat de travail*, n° 273, p. 454.

boration temporaire se terminant effectivement avec les travaux du chantier.

Mais ce même auteur relève que la formule, en elle-même, laisse planer une équivoque dangereuse. En effet, l'employeur soucieux non seulement de conserver son pouvoir de direction intact par le recours possible à un droit de résiliation unilatérale, mais aussi de posséder une main-d'œuvre stable, ménage au mieux ses intérêts par de tels contrats et joue sur deux tableaux à la fois. D'une part, à la fin des travaux du chantier, même si l'activité de l'entreprise doit se continuer par l'accomplissement d'autres travaux, l'employeur, en se basant sur la formule, pourra déclarer que le contrat est terminé et ainsi se défaire d'un salarié dont il ne veut plus et ce, sans avoir à respecter les garanties prévues par le statut du contrat à durée indéterminée. D'autre part, si en cours de contrat il veut licencier le salarié, il soutiendra que la formule recouvrait simplement une idée de durée maxima (63), ne pouvant s'interpréter que comme une date limite au-delà de laquelle la collaboration des parties ne saurait être continuée mais qui laissait subsister la possibilité de rompre avant. Ainsi, il conserverait son droit de résiliation unilatérale à l'intérieur d'un contrat que par un autre côté il considère comme temporaire. L'équivoque que la formule entraîne ne doit pas préjudicier au salarié. De l'initiative laissée à l'employeur naît l'indétermination dans l'esprit du salarié. En effet, la faculté de résiliation anticipée pour l'un et l'espoir d'une continuation possible des relations de travail pour l'autre contractant enlèvent au contrat son caractère de durée déterminée.

Et la contradiction apparente avec les solutions retenues en matière de contrats conclus dans la branche des spectales s'efface d'elle-même. En premier lieu, il faut relever qu'il n'existe aucun usage dans la branche professionnelle du bâtiment concernant le caractère temporaire des engagements alors qu'il est d'usage dans la branche des spectacles de considérer les contrats comme conclus pour une durée déterminée. En second lieu, l'expression d'« entreprise déterminée » utilisée par l'article 20 Livre I du Code du travail a un sens bien précis. Elle s'entend d'une tâche elle-même très précise et définie dès le départ, telle que la réalisation d'un film, la construction d'un four à briques, etc., alors que l'expression « travaux du chantier » est vague et sujette à incertitudes. Le terme « chantier » considéré en tant que tâche à effectuer n'a pas la précision requise pour donner au contrat un caractère temporaire bien limité. Enfin et surtout, il faut aussi se rendre compte qu'en ce qui concerne « les travaux du chantier » la durée de ceux-ci dépend largement du bon vouloir de l'entrepreneur, alors que « la durée de la réalisation du film » ne dépend aucunement de la volonté des parties. Il faut que l'événement qui marque la fin des relations contractuelles ait un caractère objectif, et dans le cas de la réalisation du film, c'est le dernier tour de manivelle qui marque la rupture. Dans

(63) Voir *infra* n° 67 et s.

le cas du chantier, seul l'employeur peut dire quand les travaux sont terminés.

Il n'est d'ailleurs pas certain que tous les contrats conclus « pour la durée des travaux d'un chantier » soient considérés comme étant à durée indéterminée. Tout va dépendre de ce que recouvre le mot « chantier ». Si ce terme est pris dans son acception courante, que l'ouvrier est payé à l'heure, il est alors facile au juge de se rendre compte qu'il ne s'agit pas d'une tâche précise ainsi que l'exige l'article 20, Livre I du Code du travail. Par contre, si ce terme recouvre la réalisation d'un travail précis, rémunéré en bloc sans tenir compte du nombre d'heures de travail, le juge devra se déterminer pour le caractère temporaire de la convention intervenue entre les parties. En effet, dans ce cas, aucune des parties en présence ne peut, par sa seule volonté, influer sur le moment de la réalisation du terme.

41. — Le terme est donc le critère nécessaire du contrat à durée déterminée mais sa seule présence dans une convention ne doit pas conduire automatiquement à cette qualification. Il doit réunir certaines conditions de précision. Le caractère limité et temporaire des relations de travail ne doit faire l'objet d'aucun doute dans l'esprit des parties. Le terme, et lui seul, doit marquer inéluctablement la fin des rapports juridiques entre les parties. Le véritable contrat temporaire n'est pas susceptible de résiliation anticipée, ni d'ailleurs de prolongation éventuelle.

Une conception aussi restrictive du terme tend à réduire le domaine d'application des règles du contrat à durée déterminée *aux contrats temporaires par nature*. Si nous nous reportons aux espèces dans lesquelles le juge a admis le caractère limité de la durée du contrat, nous sommes obligés de constater que dans ces cas la limitation de la durée est normale parce que fondée. Les parties, l'employeur au même titre que le salarié, sont conscientes du caractère strictement limité de leurs relations et ont voulu qu'il en soit ainsi. C'est le cas du contrat à terme certain par le fait que les parties ont tenu et ce, sans ambiguïté, à ce que ce terme soit la marque de leur volonté de faire cesser irrémédiablement le contrat. Mais ce caractère est surtout marqué dans les hypothèses de contrat temporaire dont le terme est incertain. Les relations juridiques cessent lorsque l'événement précisément déterminé à l'avance et extérieur à la volonté des parties se produit. Ce moment est prévu de façon précise comme devant mettre fin à la collaboration des contractants, ceux-ci n'ayant à aucun moment envisagé de continuer leurs relations après l'arrivée du terme (64). Si ce caractère temporaire particulier trouve parfois sa source dans les usages de la profession, il est en réalité fonction de la nature même de ces contrats.

Si, par contre, la moindre indétermination s'introduit, notamment par la possibilité pour l'une des parties d'envisager la continuation des relations après l'arrivée du terme ou lorsque la

(64) Cette condition a été récemment relevée par la jurisprudence. Soc 19 mars 1969, J.C.P. 1969-IV-116.

volonté de l'une des parties peut avoir un effet sur le terme, le caractère déterminé doit s'effacer. Ceci est particulièrement net dans le cas des contrats conclus « pour la durée des travaux du chantier », contrats dans lesquels la volonté de l'employeur peut intervenir et où surtout le salarié peut conserver l'espoir de rester au service de l'entreprise. Le contrat à durée déterminée par nature est le contrat dans lequel les parties sont conscientes du caractère temporaire, pour ne pas dire précaire, de leurs relations. C'est celui qui n'implique pas l'idée d'une sécurité et d'une permanence possible du lien contractuel.

Il ne nous semble pas que Paul Durand ait envisagé ce point lorsqu'il affirmait que « la réalisation du terme ne doit pas dépendre exclusivement de la volonté des parties ». Mais, en introduisant cette réserve dans sa définition du contrat à durée déterminée, il tentait ainsi de résoudre la question de l'opposition entre les critères des deux catégories de contrats lorsqu'ils coexistent dans la même convention (65). L'intervention de la volonté des parties sur le moment de la cessation des relations contractuelles peut, en effet, remettre en cause l'application des règles relatives au contrat à durée déterminée. Cette intervention réintroduit l'indétermination dans l'esprit des parties. Aussi la question se pose-t-elle de savoir, si on ne doit pas rechercher le critère de l'application des règles du contrat à durée indéterminée dans la cessation du lien contractuel par manifestation de volonté unilatérale ?

§ 2. — *La résiliation unilatérale, critère de l'application des règles du contrat à durée indéterminée.*

42. — Le contrat à durée indéterminée est, par définition, une convention dans laquelle les parties n'ont fixé aucune limite à la durée de leurs relations. Dès lors, la conclusion qui s'impose est de dire que le critère du contrat à durée indéterminée réside dans l'absence de limitation de la durée. Il suffirait donc, à première vue, que le juge constatât cette absence de limitation dans le temps pour pouvoir appliquer les règles relatives à la cessation du lien contractuel dans cette catégorie de contrat et, qu'à l'inverse, il lui suffise de relever la présence d'un terme pour caractériser l'autre. Or nous avons pu constater que la jurisprudence adopte une position restrictive en ce qui concerne la reconnaissance du contrat à durée déterminée. Doit-on alors en déduire que, chaque fois que le juge déclare qu'un contrat n'est pas à durée déterminée, il s'ensuit automatiquement une application des règles régissant la rupture des contrats à durée indéterminée ? La conclusion serait trop hâtive. En effet, le contrat de travail est un contrat synallagmatique dont certaines causes d'anéantissement sont normalement indépendantes de son caractère successif (66). Il convient donc de rechercher dans quelles

(65) Voir *infra*, chapitre II, n° 59 et s.
(66) Voir *infra* n° 148 et s.

circonstances le juge est amené à appliquer les règles de rupture inhérentes au caractère indéterminée de la durée.

Nous savons déjà que, pour que le défaut de limitation de la durée des relations contractuelles ne devienne pas une cause d'asservissement des parties, l'article 1780 du Code civil, devenu depuis l'article 23, § 1, Livre I du Code du travail, décide que : « Le louage de service fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté des parties contractantes ». Cette disposition, conçue à l'origine pour protéger la liberté des contractants (67), a été considérée d'emblée par l'ensemble de la doctrine (68) comme le caractère fondamental du contrat à durée indéterminée. *Le droit de résiliation unilatérale, accordé par l'article* 23 *Livre I du Code du travail, est inhérent à la nature même du contrat à durée indéterminée et va servir à le caractériser.* C'est l'utilisation de ce droit qui va conduire à l'application des garanties prévues lors de la rupture du contrat dont la durée n'a pas été fixée. L'absence de limitation de durée est le critère du contrat à durée indéterminée, mais c'est l'utilisation du droit de résiliation unilatérale qui est le critère de l'application des règles inhérentes à la rupture d'un tel contrat. Ce droit de résiliation unilatérale s'exerce notamment par une manifestation de volonté dont l'existence est constatée par le juge qui, en ce domaine, se montre très large.

a) *L'exercice du droit de résiliation unilatérale.*

43. — Le droit de résiliation unilatérale, c'est la possibilité pour chacune des parties de rompre le contrat. La jurisprudence précise que l'exercice d'un tel droit est discrétionnaire, et que ce caractère est l'élément essentiel entraînant l'application des règles de rupture inhérentes au contrat à durée indéterminée. La volonté de rompre peut être exprimée à tout moment et elle n'a pas à être motivée. Quand une des parties veut cesser les relations contractuelles, elle n'est pas tenue de fournir des explications au cocontractant et d'après les termes mêmes d'un arrêt « elle n'a pas à justifier des raisons de sa décision » (69). Ce caractère discrétionnaire peut encore se déduire « a contrario » des décisions de jurisprudence qui refusent d'appliquer les règles régissant la rupture des contrats à durée indéterminée lorsque l'exercice du droit de rompre est subordonné à la survenance d'éléments de nature objective (70). Les arrêts prennent

(67) Civ. 19 décembre 1860, D.P. 1861-I-115, S. 1861-I-504.

(68) Beudant, *opus cité*, n° 151 et s. ; H. Capitant et P. Cuche, n° 479 ; P. Pic, n° 1192, p. 842 ; E.H. Perreau, *La résiliation du contrat de travail d'après la loi de* 1928, R.T.D.C. 1930, p. 284 ; A. Lecomte, *La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée*, Rev. crit. 1929-443 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 147, p. 258 ; Camerlynck et Lyon-Caen, n° 140. p. 125 ; Planiol et Ripert, t. XI par A. Rouast, n° 857 ; J. Vincent, *opus cité*, p. 417 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 445, p. 840.

(69) Soc. 14 novembre 1963, J.C.P. 1964-II-13471, note G.H. Camerlynck.

(70) Soc. 22 juin 1961, Bull. 1961-IV, n° 677, p. 537 ; cf. *infra*, chapitre II, n° 67.

soin de préciser que « la clause de résiliation de plein droit... ne constitue pas un droit unilatéral abandonné à la volonté arbitraire d'une seule des parties... » (71). La possibilité de rupture n'étant pas prévue en dehors des cas précisés dans la convention les juges estiment qu'il ne saurait y avoir résiliation unilatérale mais plutôt résolution de plein droit.

44. — Le droit de résiliation unilatérale est de l'essence même du contrat à durée indéterminée et ce droit est impérativement réciproque.

Lorsque dans une convention, une des parties s'est réservée un tel droit, cette possibilité de résiliation unilatérale réservée à l'origine à un seul des contractants, se trouve automatiquement conférée à l'autre (72). On estime, en effet, que les dispositions de l'article 23, § 1 Livre I du Code du travail qui prévoient cette faculté de résiliation sont d'ordre public et doivent donc s'appliquer aux deux contractants.

On doit s'élever ici contre cette application du « mythe de la réciprocité » dans le contrat de travail. Que cette faculté de résiliation unilatérale, lorsqu'elle est prévue au profit de l'employeur uniquement, soit étendue au salarié, cela se comprend et se justifie aisément. L'état de dépendance juridique du salarié à l'égard de l'employeur est déjà suffisamment grand pour qu'il ne soit pas encore aggravé par une disposition qui empêcherait le salarié de reprendre sa liberté, alors que l'employeur, par la simple menace d'exercice de cette faculté de résiliation unilatérale, disposerait d'un pouvoir accru à l'encontre de son salarié. Une telle combinaison apporterait à l'employeur la possibilité de jouer sur deux tableaux et lui permettrait de faire appliquer au contrat les règles des contrats à durée déterminée ou indéterminée selon son bon plaisir. Le salarié serait alors à la merci complète de l'employeur.

Un tel danger ne saurait exister dans l'hypothèse inverse, où la faculté de résiliation serait seulement prévue en faveur du salarié. Dans un tel cas, on peut considérer que l'employeur a consenti de son plein gré à une limitation de ses pouvoirs, geste bénéfique pour le salarié. Le droit du travail connaît déjà des situations analogues d'abandon de la notion archaïque de réciprocité. Ainsi, en ce qui concerne la renonciation du salarié, M. Camerlynck a pu écrire : « Les restrictions apportées à la renonciation du salarié traduisent l'abandon de la fiction civiliste de la liberté contractuelle. Un tel abandon devait nécessairement se doubler du rejet de la notion corollaire d'égalité, de réciprocité... Dans cet esprit, la renonciation de l'employeur... sera non seulement licite, mais provoquée et encouragée » (73). Pourquoi alors ne pas admettre cette rupture de réciprocité dans

(71) Soc. 28 octobre 1963, Bull. 1963-IV, n° 739, p. 615.

(72) Civ. 3 août 1934, S. 1935-I-25 ; Soc. 21 mars 1952, Bull. 1952-IV, p. 176 (au profit du salarié) ; Soc. 5 mai 1959, Bull. 1959-IV, p. 440 (au profit de l'employeur) ; Soc. 14 novembre 1963, J.C.P. 1964-II-13471, note CAMERLYNCK.

(73) G.H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, n° 90, p. 156. *Adde :* Chronique au Droit Social 1960-628.

le domaine de la détermination de la durée du contrat de travail ?

Le principal argument contre cet abandon de la notion de réciprocité tient dans le fait que les dispositions de l'article 23 Livre I du Code du travail sont d'ordre public et que, en tant que telles, elles doivent s'appliquer à tous. Cet argument ne nous paraît pas péremptoire. En effet, si les dispositions de l'article 23 sont incontestablement d'ordre public, il ne faut pas perdre de vue qu'elles ont été instituées dans le but de protéger la partie faible au contrat, c'est-à-dire le salarié. Selon une distinction faite par un auteur, il s'agirait ici d'une règle d'ordre public de protection et non d'une règle d'ordre public de direction (74). Lorsque, comme dans le cas présent, la notion de réciprocité va à l'encontre des intérêts de ceux qu'elle est censée protéger, elle devrait s'effacer pour permettre d'atteindre le but fixé par la règle, à savoir la protection de la partie au contrat qui se trouve dans une situation de faiblesse. Pourtant, la jurisprudence reste ferme sur le principe. Dès qu'une faculté de résiliation unilatérale est réservée à l'un des contractants, l'autre en bénéficie automatiquement.

45. — C'est donc ce droit de résiliation unilatérale prévu dans la convention des parties qui va servir à caractériser le contrat à durée indéterminée et c'est la manifestation de volonté nécessaire pour mettre fin au contrat qui entraînera l'application des garanties dues en cas de rupture du contrat à durée indéterminée (75).

L'exercice du droit de résiliation unilatérale suppose l'existence de deux éléments : d'une part, un élément matériel qui consiste dans la manifestation de volonté et, d'autre part un élément intentionnel dans la mesure où la rupture doit être effectuée dans le but unique de reprendre sa liberté. L'application des règles de rupture inhérentes au contrat à durée indéterminée doit normalement être fonction de l'existence de ces deux éléments. Or c'est ici que l'intervention du juge va être déterminante. S'il veut restreindre l'application des règles de rupture du contrat à durée indéterminée, il va contrôler de façon minutieuse l'existence de ces deux éléments. Ainsi il exigera que la rupture soit consécutive à une manifestation claire et précise et qu'elle trouve uniquement sa cause dans le désir de reprendre sa liberté. Dès qu'une autre cause de rupture, mettant en jeu une autre technique de cessation des relations contractuelles intervient, le juge renoncera à l'application des règles découlant de l'exercice du droit de résiliation unilatérale. Au contraire, s'il veut étendre l'application des règles dans un but de protection du salarié, il fera en sorte d'appliquer le plus souvent possible le régime particulièrement protecteur de rupture du contrat à durée indéterminée. Toute initiative ou abstention de l'employeur ayant pour conséquence la rupture du contrat sera considérée comme une manifestation

(74) FARJAT, *L'ordre public économique*, Thèse Droit, Paris 1963.
(75) Soc. 11 mai 1966, *Droit Ouvrier*, 1968, p. 13.

de la volonté d'exercer son droit de résiliation unilatérale même si par ce fait l'employeur entendait utiliser une autre technique juridique qui aurait conduit en réalité à des résultats plus défavorables à l'égard du salarié.

Les deux attitudes sont possibles. Mais nous avons déjà pu remarquer par l'étude de la jurisprudence que, pour le contrat à durée déterminée, le juge est très réticent et qu'il reconnaît le moins possible cette qualification. Si c'est la protection des intérêts du salarié qui le guide, il doit alors adopter, pour l'application des règles de rupture du contrat à durée indéterminée, la seconde attitude. Pour étendre au maximum l'application des règles favorables au salarié, le juge doit examiner avec minutie les conditions dans lesquelles la rupture intervient et faire en sorte d'assimiler le plus possible cette rupture à l'exercice par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale. Cet artifice technique du juge déplace la recherche du plan de la durée à celui de la rupture. Le terrain de la qualification est abandonné au profit de celui de l'étude de la manifestation de volonté.

b) *L'extension donnée par le juge à la notion de résiliation unilatérale.*

46. — Pour constater cette extension il nous faut envisager successivement les deux éléments nécessaires à l'exercice du droit de résiliation unilatérale : d'une part, la forme de la manifestation de volonté, d'autre part, le fondement de la manifestation de volonté.

1. — *La forme de la manifestation de volonté.*

47. — La manifestation unilatérale de volonté s'exerce habituellement par le congé qui, dans les conventions collectives est désigné par deux autres termes suivant qu'il émane de l'une ou l'autre des parties. Exercé par le salarié, il porte le nom de démission, exercé par l'employeur, il se nomme congédiement ou licenciement (76). Si on applique de façon restrictive les principes, la rupture du contrat à durée indéterminée et, par suite, l'application des règles inhérentes à cette catégorie, ne sauraient résulter que du congé, précisant de façon claire à qui incombe l'initiative de la rupture.

48. — Le mot « initiative » ne peut se concevoir que s'il marque d'une façon non équivoque la volonté de rompre le contrat. Mais dans une conception plus extensive, on peut analyser certains comportements qui, sans manifester directement l'intention de rompre, conduisent à ce résultat. Dans ce cas, on ne devrait plus parler d'initiative mais plutôt de responsabilité de la rupture. Le juge, saisi à l'occasion de la rupture des relations de tra-

(76) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 154, p. 271.

vail, s'en tient aux considérations de fait, et, après avoir examiné les circonstances dans lesquelles elle est intervenue, en impute la responsabilité à l'une des parties. *Ce contractant sera alors considéré comme ayant voulu rompre par une manifestation de volonté unilatérale.* Pour un auteur, l'initiative serait une notion subjective alors que la prise en considération par le juge de la responsabilité de la rupture marquerait « un glissement vers une conception objective » (77).

Ainsi le critère de l'application des règles relatives à la rupture du contrat à durée indéterminée serait toujours la manifestation de volonté unilatérale, mais l'établissement de celle-ci serait assouplie dans la mesure où un comportement entraînant la rupture sera considrré comme tel. C'est alors au juge de déterminer dans chaque cas si le comportement des parties peut être analysé en une volonté de rupture. Il se fondera essentiellement sur son caractère anormal, celui-ci étant fonction de l'impossibilité dans laquelle se trouve le cocontractant de continuer à exécuter le contrat. Ainsi, quelle que soit la partie qui prend l'initiative de la rupture, la jurisprudence considère que celle-ci est en réalité le fait du contractant dont les agissements anormaux en sont la cause (78). Un aspect particulier de cette jurisprudence réside dans le cas où les deux parties se comportent de façon anormale. Ici le juge décide qu'une telle situation marque la volonté commune des parties de se séparer et il appliquera les règles de la rupture par consentement mutuel (79). Ce dernier exemple démontre bien que le juge apprécie des faits objectifs pour en tirer des conséquences sur le plan de la volonté de rompre. Et pour pouvoir être assimilé à l'intention de rompre, le comportement anormal doit résulter d'une volonté délibérée. Si une erreur commise de bonne foi a conduit aux agissements répréhensibles, ceux-ci ne sauraient être analysés en une manifestation de la volonté de cesser les relations contractuelles (80).

49. — Un problème très voisin se pose en ce qui concerne la *modification unilatérale des conditions de travail* (81). Il n'est pas de notre propos d'envisager le problème dans son entier. Mais il est nécessaire d'examiner cette question car elle permet un élargissement de la notion de résiliation unilatérale entraînant l'octroi des garanties.

Normalement, si on applique de façon stricte les principes classiques, le contrat doit être exécuté tout au long de sa durée dans

(77) M. Panayotopoulos, *Le contrôle judiciaire du licenciement*, L.G.D.J., Paris, 1969, p. 259.

(78) Soc. 9 octobre 1959, Bull. 1959-IV, p. 780, brutalités sur la personne du salarié ; Soc. 20 mai 1966, Bull. 1966-IV, p. 400, vexations injustifiées ; Soc. 8 décembre 1965, Bull. IV, p. 750 ; Soc. 10 novembre 1960, Bull. 1960-IV, p. 777, injures graves. Cette jurisprudence s'applique aussi lorsque c'est le salarié qui a un comportement anormal. Soc. 25 octobre 1957, Bull. 1957-IV, p. 714.

(79) Soc. 10 mars 1965, D. 1965, p. 374.

(80) Soc. 20 juin 1966, Bull. 1966-IV, p. 517.

(81) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 100 et s. *Adde* du même auteur, « *La révision du contrat de travail* », J.C.P. 1965-I-1964.

les conditions prévues lors de la formation. Mais les relations de travail peuvent se poursuivre sur des périodes très étendues, et les transformations intervenues dans les données scientifiques, techniques et économiques peuvent conduire l'employeur à adapter les conditions d'exploitation. Des modifications du contrat de travail peuvent s'avérer nécessaires et « la révision » du contrat est une technique particulière au droit du travail.

Si la modification n'est pas autorisée par le contrat de travail (82), elle ne peut normalement résulter que du consentement mutuel des parties. Aucune modification ne peut être apportée au contrat par une manifestation unilatérale de volonté. Le fait de modifier l'une des conditions du contrat de façon autoritaire peut être analysé en une violation des obligations découlant de la convention. Cette violation entraîne la responsabilité de celui qui s'y livre (83). Aussi la doctrine a-t-elle vu, à juste titre d'ailleurs, dans la proposition d'une modification aux conditions contractuelles, une manifestation de la volonté de rompre le contrat sauf au cas où le cocontractant accepterait de continuer les relations de travail aux nouvelles conditions. Au cas de refus, la proposition de modification entraîne la rupture de la convention à la charge de celui qui a émis la proposition. La proposition de modification est accompagnée « d'un congé conditionnel au cas de refus » (84).

Il semble que cette théorie soit celle qui inspire la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt déjà ancien elle déclare : « Aux termes de l'article 23 Livre I du Code du travail, le louage de services fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté de l'une des parties contractantes, à la condition d'observer le délai-congé. En conséquence, chaque partie peut, sous la même condition, proposer à l'autre des modifications du contrat qui, en cas de refus du cocontractant, entraîneraient la rupture du contrat au terme du délai-congé » (85). Les termes de cet arrêt sont nets. La proposition de modification suivie d'un refus s'analyse en un congé. La jurisprudence n'est jamais revenue sur cette analyse (86) mais elle a précisé les conditions dans lesquelles cette proposition de modification valait congé ou non.

50. — En premier lieu, pour être assimilée à une rupture, la modification doit porter sur un élément essentiel du contrat (87).

(82) Soc. 25 novembre 1938, D.H. 1939-53 ; Soc. 11 juin 1959, Bull. 1959-IV, p. 572 ; Soc. 26 octobre 1960, D. 1960-61 ; Soc. 25 janvier 1961, D. 1961-621, note Despax.

(83) Soc. 21 février 1968, J.C.P. 1968-IV-50 ; Soc. 10 janvier 1968, Bull. civ. 1968-V, n° 21, p. 17 ; Soc. 13 mars 1968, J.C.P. 1968-IV-68, Bull. civ. 1968-V, n° 151, p. 129.

(84) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 410, p. 785. Dans le même sens G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 102, p. 178 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 287.

(85) Soc. 15 décembre 1938, G.P. 1939-I-341. Dans le même sens Soc. 8 mai 1941, G.P. 1941-2-380 ; Soc. 1er juillet 1946, D. 1946-171.

(86) Voir Soc. 10 janvier 1968, Bull. 1968-IV, n° 21, p. 17 ; Soc. 21 février 1968, J.C.P. 1968-IV-50 ; Soc. 13 mars 1968, Bull. 1968-V, n° 151, p. 129, J.C.P. 1968-IV-68.

(87) Soc. 11 janvier 1962, J.C.P. 1962-II-12564 ; Soc. 11 juillet 1967, *Droit Ouvrier*, 1968-103.

Il est malaisé de discerner dans les nombreuses espèces jurisprudentielles un critère précis de ce que serait une modification essentielle. Ce caractère va être fonction de la volonté des parties au moment de la formation du contrat et est largement lié à l'activité professionnelle de l'entreprise, à la nature de l'emploi et à la position du salarié dans l'échelle de la hiérarchie. Ainsi si la réduction du salaire est incontestablement une modification essentielle (88), le fait qu'il soit maintenu n'empêche pas que la modification apportée à un autre élément soit importante et entraîne la rupture (89). De même, si la mutation dans un autre lieu de travail est en général « assimilée à un congédiement pur et simple » (90), il a été aussi jugé que « sauf stipulation expresse, le lieu de travail n'est pas un élément constitutif du contrat de travail » (91) et qu'ainsi, le fait pour une employée de ne pas rejoindre son nouveau poste constituait une rupture du contrat de travail qui lui était imputable. Dans chaque cas d'espèce le juge doit donc avant tout tenir compte de la volonté des parties et des circonstances de fait. Ainsi dans une décision du 3 octobre 1963, la Cour de cassation bien qu'il n'y ait aucun changement apporté à la nature du travail, au salaire et à la qualification du salarié relève dans la décision des juges du fond qu'ils ont constaté que « les nouvelles conditions d'exécution du travail constituaient une aggravation importante des sujétions du salarié » et que, de ce fait, la rupture incombait à l'employeur (92).

51. — En second lieu, même si on peut considérer que la modification n'est pas essentielle, eu égard souvent aux intérêts de l'entreprise ou aux circonstances économiques particulières, l'employeur est tenu de proposer la modification envisagée au salarié et éventuellement de lui laisser un certain temps de réflexion (93). Il ne saurait en aucun cas l'imposer d'office, l'article 1134 du Code civil lui interdisant de faire échec de façon unilatérale à la loi des parties. L'information et la notification des modifications envisagées constituent un devoir de correction élémentaire de l'employeur envers le salarié et la jurisprudence reste vigilante à cet égard (94).

52. — Enfin, si l'acceptation du salarié à la modification envisagée entraîne la novation, il ne faut pas oublier que celle-ci

(88) Soc. 28 octobre 1963, J.C.P. 1963-IV-166 ; Soc. 27 avril 1964, J.C.P. 1964-IV-81 ; Soc. 7 décembre 1966, Bull. 1966-IV, p. 771.

(89) Soc. 10 avril 1962, Bull. IV, p. 294.

(90) Soc. 17 février 1961, Bull. IV, n° 226, p. 178, J.C.P. 1961-II-12036 bis, note R.L. ; Soc. 25 janvier 1961, D. 1961, p. 621, note Despax.

(91) Soc. 28 avril 1956, G.P. 1956-II-278, J.C.P. 1956-IV-81. Nombreuse jurisprudence citée par G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, p. 178 et 179. En ce qui concerne le lieu de travail cf. A. Brun, *La jurisprudence en droit de travail*, n° 45-46-47, p. 153 et s.

(92) Soc. 3 octobre 1963, Bull. 1963-IV, n° 634, p. 526 ; D. 1963, p. 645 ; J.C.P. 1963-IV-145.

(93) Soc. 6 juillet 1961, Bull. 1961-IV, p. 587.

(94) Soc. 30 janvier 1958, D. 1958, som. 84 ; Soc. 28 octobre 1963, J.C.P. 1963-IV-165 ; Droit Social 1964, p. 104, note J. Savatier.

ne se présume pas. Dès lors, l'acceptation doit être certaine et le silence du salarié doit être interprété de façon restrictive. En effet, l'état de subordination dans lequel se trouve le salarié et la crainte de perdre son emploi peuvent parfois expliquer le silence gardé. Aussi la jurisprudence refuse-t-elle en règle générale d'accorder valeur d'acceptation au silence gardé par le salarié (95). Toutefois, si, bien qu'ayant gardé le silence, le salarie respecte les nouvelles conditions de travail, ou collabore même à la mise en œuvre de ces modifications, son comportement peut être considéré comme une acceptation tacite et la rupture ultérieure lui être imputée (96).

La jurisprudence analyse donc la proposition de modification en un congé. Elle estime que l'employeur manifeste ainsi la volonté de rompre l'ancien contrat et qu'une telle rupture doit conduire à l'application des garanties prévues en cas de rupture du contrat à durée indéterminée. Quel que soit l'auteur de la rupture effective, celle-ci incombe à celui qui manifeste sa volonté de changement. Le système adopté par la jurisprudence est logique.

53. — Mais celle-ci a été plus loin, dans la mesure où elle considère que *l'inexécution des obligations du contrat* s'analyse aussi en un congé pour autant que cette inexécution marque la volonté du contractant de ne plus continuer les relations contractuelles.

Les exemples jurisprudentiels sont nombreux (97) et de leur étude, on peut déduire que, pour le juge, la méconnaissance de ses obligations par l'une ou l'autre des parties au contrat signifie une volonté de rupture effective du contrat de travail. Ainsi, pour la jurisprudence, l'inexécution des obligations est analysée comme la manifestation de volonté unilatérale du contrat à durée indéterminée et entraîne l'application des règles de rupture particulières à cette catégorie de contrat. Par exemple, le non-paiement des rémunérations dues sera considéré comme le fait marquant la volonté de l'employeur de cesser les relations contractuelles (98). Il en sera de même en cas de refus injustifié de satisfaire les demandes normales d'un salarié, refus ayant entraîné la rupture de contrat (99). Enfin, une inexécution partielle des obli-

(95) Soc. 8 décembre 1960, Bull. 1960-IV, p. 888 ; Soc. 21 octobre 1964, Bull. 1964-IV, p. 566 ; Soc. 7 décembre 1966, Bull. 1966-IV, p. 771. Sur le sujet plus général de la valeur du silence gardé par le salarié voir M. J. Littmann, *Le silence dans la formation du contrat*, Thèse dactylographiée, Strasbourg 1969.

(96) Soc. 10 mai 1962, Bull. 1962-IV, p. 353 ; Soc. 10 février 1965, Bull. 1965-IV, p. 96 ; Soc. 2 février 1966, Bull. 1966-IV, p. 111 ; Soc. 29 mars 1966, Bull. 1966-IV, p.294.

(97) Voir G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 155 et 156, p. 275 et s. ; Brun et Galland, *Droit du travail*, p. 544 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 285.

(98) Soc. 22 octobre 1959, D. 1960-208 ; J.C.P. 1960-II-11536, note F.D. ; Soc. 23 janvier 1963, I.C.E. 1963-983 ; Soc. 24 avril 1963, J.C.P. 1963-IV-73 ; Soc. 5 juillet 1965, D. 1965, som. 124 ; J.C.P. 1965-IV-118 ; Soc. 18 décembre 1967, Revue Droit du Travail Jcl. du 21 mars 1968, n° 64.

(99) Soc. 12 janvier 1966, J.C.P. 1967-II-14607, note J. Savatier.

gations peut conduire à un résultat analogue, à condition que cette inexécution soit suffisante (100). La jurisprudence toutefois n'est pas à sens unique : ainsi le fait de rentrer au service d'un autre employeur (101), le fait de quitter son emploi après un refus justifié de l'employeur d'accéder à ses demandes (102), seront considérés comme des ruptures imputables au salarié, comme manifestant la volonté de sa part de rompre le contrat de travail.

On remarquera essentiellement que le juge n'attache aucune importance à l'auteur apparent de la rupture. Celle-ci incombe à celui qui a pris l'initiative de l'inexécution. Dans le cas où l'employeur ne paie pas la rémunération au salarié, c'est ce dernier qui démissionne, mais le juge considère que c'est l'employeur qui a manifesté sa volonté de rompre (103). C'est le demandeur à l'action qui prend l'initiative de mettre fin au contrat, mais qui entend néanmoins faire déclarer que son adversaire est responsable de la rupture et que de ce fait il doit en réparer les conséquences dommageables.

Une partie de la doctrine s'est élevée contre cette jurisprudence qui, dit-elle, confond le problème de l'initiative de la rupture avec celui de la responsabilité née de l'inexécution des obligations (104). Pour ces auteurs, l'employeur qui ne remplit pas ses obligations ne manifeste aucune volonté de rompre le contrat. Or, pour pouvoir considérer que le contrat de travail est rompu, il faut que la partie qui désire cesser les relations contractuelles fasse une déclaration de volonté expresse ou implicite ; ce que l'employeur n'a certainement pas manifesté, puisque, en l'espèce, il reconnaissait devoir le salaire (104). De ce fait, selon le droit civil classique, « l'employé n'avait qu'une action en paiement des salaires. Il pouvait en outre demander la résolution du contrat aux torts de l'employeur avec dommages-intérêts pour faute contractuelle » (105). En aucun cas, le juge ne devait accorder les indemnités de rupture du contrat à durée indéterminée.

Il est incontestable que, dans une optique purement civiliste, le raisonnement de ces auteurs est le seul valable, et que la jurisprudence a commis là une confusion. Mais cette confusion n'est-elle pas volontaire ? Car, comme le relève un autre auteur, « une telle jurisprudence présente techniquement l'avantage de justifier sans discussion possible l'octroi direct au salarié, victime de l'inexécution, des diverses indemnités... dues par l'employeur considéré comme l'auteur de la rupture » (106). On écarte ainsi toute incertitude sur le montant de l'indemnité que recevra le

(100) Soc. 20 juin 1966, J.C.P. 1966-IV-114.
(101) Soc. 21 février 1947, I.C.E. 1947-463 ; Soc. 13 avril 1956, I.C.E. 1956-789.
(102) Soc. 22 juin 1957, D. 1957-746 ; Soc. 24 février 1962, I.C.E. 1962-768 ; Soc. 14 décembre 1965, J.C.P. 1966-IV-14.
(103) Soc. 22 octobre 1959, précité.
(104) Note F.D. sous Soc. 22 octobre 1959, J.C.P. 1960-II-11536; note J. Savatier sous Soc. 12 janvier 1966, précité.
(105) Note F.D. précitée. Voir *infra* 2e partie, n° 350 et s.
(106) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 155, p. 276.

salarié qui aura en plus la faculté de solliciter éventuellement une indemnité pour rupture abusive. La jurisprudence, en assimilant l'inexécution des obligations à la manifestation de volonté unilatérale, est donc extrêmement favorable à l'application étendue des garanties accordées en cas de rupture du contrat à durée indéterminée. Malgré l'entorse effectuée aux principes classiques, une telle solution doit être approuvée car elle se révèle plus équitable et surtout plus pratique.

Le juge admet donc de façon très large que les divers comportements des parties puissent valoir comme congé. Si ces analyses peuvent donner lieu à critique, il n'en reste pas moins qu'elles ne heurtent pas la logique et que dans une certaine mesure elles contribuent à la simplification des règles applicables à la rupture du contrat de travail. Cette action du juge confondant volontairement initiative et responsabilité de la rupture est remarquable et adapte les principes du droit commun à la matière spéciale du contrat de travail, prenant ainsi en considération les impératifs de justice nécessités par la situation inégale des parties au contrat. Cette adaptation se révèle tout aussi convaincante lorsque l'on envisage, non plus la forme du congédiement, mais le fondement même de celui-ci.

2. — *Le fondement de la manifestation de volonté.*

54. — Si on envisage les causes de la rupture du contrat par voie de résiliation unilatérale, on doit admettre que normalement cette résiliation devrait avoir uniquement pour but de libérer le contractant qui l'utilise du lien contractuel. Dès que la rupture trouve son fondement dans une autre cause que cette volonté de se libérer, le juge ne devrait pas appliquer les conséquences résultant de l'utilisation du droit de résiliation unilatérale. Or, nous trouvons un exemple de l'extension exceptionnelle du droit de résiliation dans le cas de la nullité du contrat de travail.

Selon le droit commun, le contrat entaché d'un vice est en principe dépourvu d'efficacité juridique. Si le vice est contemporain à la formation du contrat, celui-ci disparaît pour l'avenir et pour le passé en vertu de l'effet rétroactif de la nullité (107). Cette solution, appliquée au contrat de travail, conduit à des résultats rigoureux et choquants pour le salarié qui est le plus souvent en fait irresponsable. Ayant exécuté le travail, le salarié subit un préjudice dans le fait qu'on ne peut lui restituer la force de travail qu'il a dépensée, et, de plus, il n'est pas fondé à réclamer les indemnités de rupture prévues par l'article 23 Livre I du Code du travail.

Aussi la jurisprudence, procédant par étapes, et dans un souci évident et normal d'assurer la protection des intérêts du salarié, « a écarté la fiction civiliste de l'anéantissement rétroactif, même en cas de nullité d'ordre public » (108). Malgré la nullité du

(107) Planiol et Ripert, t. VI par Esmein, n° 320 et s. ; Carbonnier, t. II, n° 132 ; Marty et Raynaud, t. II, n° 210.

(108) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, p. 186.

contrat de travail, depuis longtemps les juges estimaient que le travail accompli devait être rémunéré (109) et dans son principe, cette solution n'est pas remise en cause (110). Elle s'impose d'ailleurs à l'esprit car, la nullité ayant pour effet de replacer les parties dans l'état où elles se trouvaient et la restitution en nature des prestations du travailleur étant impossible, cette remise en état ne peut être opérée que par équivalent. La doctrine approuve de façon unanime cette solution (111).

55. — Mais la jurisprudence a été plus loin. Non seulement elle admet que malgré la nullité tous les effets passés du contrat soient maintenus, mais elle admet même que le travailleur dont le contrat est nul puisse se voir accorder les indemnités découlant de la résiliation. *C'est admettre que le contrat de travail est rompu par la volonté de l'employeur.* Ainsi, dans un arrêt du 30 janvier 1959, la Cour de cassation a décidé que lorsqu'un contrat de travail est rompu de façon fautive de la part de l'employeur, le fait qu'il soit ultérieurement déclaré nul pour vice de forme ne met pas obstacle à l'octroi de dommages-intérêts au salarié, du moment que ce contrat avait néanmoins reçu exécution et produit des effets (112). Bien que la Cour de cassation ne parle pas de résiliation dans cet arrêt, il est évident qu'elle ne tient pas compte de la nullité et qu'elle a surtout sanctionné la faute de l'employeur dans l'exécution du contrat, faute causant un préjudice qui justifiait l'allocation de dommages-intérêts. En l'espèce, la Cour n'emploie pas le terme de rupture abusive et on pouvait s'interroger sur la portée de cet arrêt d'autant que la jurisprudence n'admettait pas que l'employeur soit tenu d'observer un délai de préavis lorsqu'il veut se séparer d'un travailleur

(109) Lyon 4 mai 1865, D.P. 1866-II-165 ; Civ. 28 juin 1887, D.P. 1888-I-296, S. 1887-I-380. *Contra :* Com. Seine 4 décembre 1944, *Droit Social* 1946, p. 40, obs. J. Carbonnier, R.T.D.C. 1945-124.

(110) Soc. 9 juin 1955, I.C.E. 1955-935; Soc. 8 avril 1957, D. 1958, p. 221, note P. Malaurie ; Soc. 27 octobre 1959, J.C.P. 1960-II-11603, note F.D. ; Soc. 20 octobre 1965, D. 1965-811 ; Soc. 9 février 1966, *Droit Social* 1966-426, note J. Savatier.

(111) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 186 ; A. Brun et H. Galland, II-37 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail,* p. 167 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* n° 107, p. 186. Mais si la solution est approuvée de façon unanime, le fondement juridique de cette solution a fait l'objet de nombreux travaux. La jurisprudence ancienne se contentait de faire appel à l'équité. Puis certains auteurs proposèrent la théorie de l'enrichissement sans cause G. Lyon-Caen, *Manuel* n° 252) et la jurisprudence se plaça également sur ce terrain (Soc. 2 février 1961, D. 1961-236). Mais cette théorie fut largement critiquée par la majorité de la doctrine (P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 186 ; J. Rivero et J. Savatier, 4e éd., p. 356 ; C. Freyria, *Nullité du contrat de travail et relation de travail,* Droit Social 1960, p. 619). A l'heure actuelle deux courants se font jour : ceux qui donnent à la nullité les effets d'une résiliation, les effets passés étant maintenus la nullité ne produisant d'effet que pour l'avenir (Carbonnier, t. II, n° 132 ; Camerlynck et Lyon-Caen, *Précis,* n° 127 ; P. Malaurie, note D. 1958, p. 221 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* t. I, n° 107, p. 187) et ceux qui substituent au contrat de travail la théorie de la relation du travail et du lien d'entreprise (P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 186 ; C. Freyria, chr. précitée au Droit Social 1960 : A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail,* p. 169).

(112) Soc. 30 janvier 1959, Bull. 1959-IV, n° 169, p. 138.

dont le contrat est nul (113). L'évolution jurisprudentielle devait s'affirmer. Ainsi la Cour de cassation a admis que l'employeur pouvait être tenu envers le salarié « des obligations analogues à celles résultant d'un contrat de travail » (114). Dans une autre espèce, elle accorde l'indemnité de préavis à un employé étranger qui avait été congédié au motif que sa carte de travail était périmée depuis peu (115). L'espèce était, il est vrai, favorable au salarié qui, ayant demandé un renouvellement de sa carte, était en possession d'une autorisation provisoire. On pouvait dès lors penser que cet arrêt n'avait pas une portée très grande sur le problème de l'octroi des indemnités de rupture au salarié dont le contrat est rompu pour cause de nullité.

56. — C'est un nouveau pas important qui vient d'être franchi par la Chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 février 1966 (116). En l'espèce, un travailleur étranger avait été irrégulièrement embauché et, à la suite d'un contrôle de l'Inspection du travail, il avait été congédié sans préavis. Les juges du fond avaient condamné l'employeur à payer une somme d'argent à titre d'indemnité de préavis car, disaient-ils, l'employeur ne peut se prévaloir de la nullité du contrat de travail dès lors qu'il a manqué à l'obligation de s'assurer de la régularité de la situation du salarié. Le pourvoi critiquait cette solution et soutenait que, d'une part, la nullité étant d'ordre public, l'employeur était en droit de s'en prévaloir et qu'elle ne pouvait produire aucun effet juridique, et, d'autre part, qu'il n'avait pas été répondu à son argument que la rupture était due au fait du prince. La Cour de cassation ne répond pas directement au pourvoi. Elle reprend le motif des juges du fond qui « ont estimé à bon droit que l'employeur qui avait commis une infraction à la loi pénale et qui avait bénéficié du travail de l'ouvrier irrégulièrement embauché par lui, devait au moment *de son congédiement et nonobstant la nullité d'ordre public* du contrat conclu en violation des dispositions légales relatives au travail des étrangers en France, lui payer en sus de ses salaires, toutes autres indemnités découlant des rapports de travail afin de réparer le préjudice subi par lui du chef de la nullité du contrat, nullité imputable à l'employeur ». Dans cet arrêt, le mot congédiement figure dans l'attendu essentiel. Mais il faut relever que la solution donnée consiste en réalité à réparer la faute commise par l'employeur. Si effectivement, comme le soutient M. Camerlynck, cette jurisprudence présente sur le plan préventif le mérite de décourager une pratique patronale illicite (117) et que, d'autre part, elle assure sans conteste la protection des intérêts du salarié, il n'en reste pas moins que la solution n'est pas basée sur la résiliation mais sur la réparation d'une faute commise par l'employeur (118).

(113) Civ. 12 février 1946, D. 1946, p. 239.
(114) Soc. 1er mars 1961, Bull. 1961-IV, p. 216.
(115) Soc. 6 mars 1964, Bull. 1964-IV, p. 177.
(116) Soc. 9 février 1966, Droit Ouvrier 1966-351 ; Droit Social 1966-425, note J. Savatier.
(117) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 107, p. 187.
(118) J. Savatier, note sous Soc. 9 février 1966, Droit Social 1966-426.

57. — Or nous estimons, pour notre part, que même lorsque le contrat est entaché d'un vice, la partie qui subit la rupture peut se voir accorder les garanties prévues pour la rupture du contrat à durée indéterminée. En effet, la partie qui veut rompre le contrat a, à sa disposition, deux moyens. Ou bien elle intente une action en nullité, la nullité devant toujours être demandée en justice. Dans ce cas, si c'est elle qui est à l'origine de la nullité, elle a commis une faute et le défendeur pourra demander des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause cette faute. Ce préjudice pourra être évalué aux indemnités de rupture que le défendeur aurait reçues si la rupture avait eu lieu normalement. Mais si la nullité n'est pas imputable au demandeur, le défendeur ne recevra rien. Ou bien, la partie qui veut rompre le fait par une manifestation de volonté unilatérale ; elle utilise dès lors son droit de résiliation unilatérale. Dans ce cas, la partie qui subit la rupture doit recevoir les indemnités de rupture, sauf si elle a commis une faute grave (art. 23 Livre I du Code du travail). Le fait que le contrat soit entaché de nullité ne joue pas, puisque dans ce cas la nullité n'a pas été demandée. La rupture est intervenue par voie de résiliation unilatérale et les garanties attachées à ce mode de rupture doivent jouer. Cette solution ressort directement des attendus de l'arrêt puisque la Cour de cassation précise « nonobstant la nullité d'ordre public du contrat ». L'exception de nullité ne saurait être soulevée à l'encontre de la demande du salarié, lorsque, d'une part, l'employeur est lui-même à l'origine de la nullité d'ordre public du contrat et surtout lorsqu'il a choisi pour se séparer du salarié la voie de la rupture par résiliation unilatérale.

L'évolution de la jurisprudence conduit donc à appliquer les règles du licenciement lorsque l'employeur rompt le contrat de travail même si celui-ci est entaché d'une nullité d'ordre public. Pour le juge, l'employeur doit payer au salarié « toutes indemnités découlant des rapports de travail ». Cette obligation entraîne la conséquence importante que, sur le plan pratique, il n'y a aucune différence entre la rupture du contrat valable et du contrat nul lorsque celle-ci est la conséquence d'une manifestation de volonté unilatérale. Ce qui compte pour le juge, c'est le mode de rupture, la façon dont elle s'est effectuée. Ce qui revient à étendre de façon très large le critère d'application des règles inhérentes à la rupture du contrat à durée indéterminée.

En comparant avec l'état d'esprit du juge lors de l'établissement du critère du contrat à durée déterminée, on s'aperçoit que le souci est le même : favoriser au maximum l'application des règles régissant le contrat à durée indéterminée.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

58. — Le contrat à durée déterminée est le contrat dans lequel les parties ont, dès l'origine, prévu l'événement d'ordre objectif, précis et intangible, qui doit marquer la fin des relations contractuelles. Le terme est donc l'élément nécessaire du contrat à durée déterminée ; mais, pour qu'il puisse caractériser cette catégorie de contrat, il doit remplir certaines conditions. Il doit être précis dans la mesure où le moment de sa réalisation ne doit donner lieu à aucune incertitude, il doit être intangible en ce sens que les parties au contrat ne doivent pas pouvoir le faire varier ou le déclencher à leur gré, enfin, *il doit marquer seul,* dans l'esprit des parties, la fin des relations contractuelles. Seuls les contrats temporaires par nature peuvent remplir toutes ces conditions (contrats de date à date, contrats conclus pour une entreprise déterminée, contrats saisonniers...). En requérant une détermination absolue, les juges ont pris parti en faveur de la prédominance de la catégorie des contrats à durée indéterminée. Le régime de ces contrats étant en règle générale plus favorable que celui des conventions temporaires les solutions jurisprudentielles sont donc en faveur du salarié. Cette protection du contractant le plus faible s'impose au juge et « si l'on envisage la situation de plus haut, la solution jurisprudentielle paraît seule conforme aux exigences propres du droit du travail et aux données concrètes du problème » (119).

Lorsque le juge décide que le contrat n'est pas à durée déterminée, il s'ensuit obligatoirement que la convention est à durée indéterminée. Mais, pour que les règles de cette catégorie de contrat s'appliquent, il faut que la rupture ait lieu par voie de résiliation unilatérale, c'est-à-dire soit le résultat d'une manifestation de volonté discrétionnaire de la part de l'un des contractants. Nous pensons avoir démontré que le souci constant du juge est de faire en sorte que les garanties s'appliquent le plus souvent possible et ceci, par une extension considérable du critère d'application des règles du contrat à durée indéterminée.

Et, de fait, dans la grande majorité des cas, le salarié obtient des garanties auxquelles il n'aurait pas eu droit si la convention avait été qualifiée de temporaire, ou si la rupture du contrat

(119) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* t. I, n° 273, p. 454.

s'était trouvée régie par les règles du droit commun relatives aux contrats synallagmatiques. Ainsi le désir de justice qui anime particulièrement l'esprit pénétré de sens social, est satisfait sans que pour cela la logique soit bafouée.

Toutefois, la difficulté n'est pas entièrement résolue lorsque l'on a réussi à dégager ces deux critères. Il est rare, en effet, que le contrat de travail ne soit susceptible d'obéir qu'aux seules règles de rupture de l'une des catégories de contrats. Entre les deux situations simples, il existe une majorité de situations complexes qui combinent lors de la formation du contrat les caractères propres aux deux catégories. Les juges doivent alors trancher en fonction du moment de la rupture pour savoir quelles sont les règles applicables à cette rupture. Vont-ils faire prévaloir alors les règles d'une des catégories sur l'autre de façon arbitraire, faisant en sorte de protéger systématiquement l'un des contractants, ou bien ont-ils réussi à mettre sur pied un système cohérent qui, tout en préservant les droits de la partie faible, permette malgré tout une systématisation des solutions intervenues ?

CHAPITRE II

L'APPLICATION DES CRITERES AUX SITUATIONS COMPLEXES

59. — Le critère du contrat à durée déterminée réside dans l'existence d'un terme précis et intangible. D'un autre côté, le droit de résiliation unilatérale est de l'essence même du contrat à durée indéterminée : dès que la rupture intervient à la suite de la manifestation de volonté d'un des contractants qui désire reprendre sa liberté, les règles applicables à cette rupture sont celles qui régissent les contrats à durée indéterminée. Tels sont les deux critères des situations simples, c'est-à-dire des situations dans lesquelles les parties ont voulu, dès l'origine, que ne leur soient appliquées que les règles d'une seule catégorie lors de la rupture du contrat. Il n'y aurait aucune difficulté si les parties n'avaient le choix qu'entre l'une ou l'autre de ces possibilités. Mais, dans la réalité, la grande liberté dont jouissent les parties au contrat de fixer les conditions relatives à la durée de leurs relations rend le problème très complexe, d'autant que les intérêts respectifs des parties n'obéissent pas à des considérations du même ordre.

Le salarié tient avant tout à la stabilité de son emploi et ne trouve son intérêt que dans un contrat à durée indéterminée ou dans un contrat à durée déterminée de longue durée. L'employeur à l'inverse fait passer sa liberté de décision au premier plan. Or si cette liberté de décision paraît entière dans le cadre du contrat à durée indéterminée, les garanties prévues en faveur du salarié peuvent se révéler très onéreuses et venir, en fait, la limiter de façon sérieuse. Au contraire, cette liberté de décision n'existe pas dans le cadre du contrat à durée déterminée puisque, par définition, la date à laquelle les relations contractuelles doivent cesser est connue d'avance et que les parties ne peuvent normalement pas mettre fin à leurs relations de façon unilatérale. Toutefois, cette catégorie présente l'avantage de se révéler moins onéreuse lors de la cessation des rapports de travail.

L'employeur, en règle générale, est réticent à tout ce qui peut venir limiter son pouvoir de décision même de façon indirecte.

Cette idée explique la faveur dont jouissait à l'origine le contrat à durée indéterminée. Mais le législateur et les conventions collectives en étendant les garanties en faveur de la stabilité de l'emploi ont conduit l'employeur à se tourner de plus en plus vers le contrat à durée déterminée, en l'aménageant toutefois de façon à rendre ses inconvénients moins perceptibles.

Ce but a été atteint de plusieurs façons, dont l'une consiste à combiner les caractères des deux catégories de contrat dans la même convention, afin de cumuler les avantages qui peuvent résulter de l'application des règles régissant les deux régimes de rupture. Il existe en pratique une infinie variété de combinaisons qui vont entraîner pour le juge des difficultés d'application des critères qu'il a dégagés.

Mais l'employeur peut aussi envisager de conclure une convention à durée déterminée de courte durée, ce qui ne paralysera pas trop son pouvoir de décision, et si les services du salarié lui donnent satisfaction, il « reconduira » le contrat. Ainsi, en pratique, il sera seul maître de la durée et, en pure logique civiliste, les contrats qui se succèdent sont à durée déterminée. Si, en règle générale, la bonne foi de l'employeur ne peut être mise en doute, il faut être plus réservé dans ce cas, car le but de l'opération pourrait être d'échapper aux dispositions protectrices légales ou conventionnelles.

Tels sont les divers problèmes auxquels le juge va être confronté. Il nous paraît utile de les envisager successivement en tenant compte d'une gradation possible dans l'intention de l'employeur. C'est ainsi que nous envisagerons, en premier lieu, les conventions « hybrides », entendant par là les contrats dans lesquels interviennent les deux critères retenus par la jurisprudence pour fonder la distinction entre les deux catégories de contrats. Nous étudierons ensuite les problèmes posés par la reconduction du contrat à durée déterminée, et enfin ceux posés par la qualification frauduleuse.

Section I. — Les conventions « hybrides »

60. — Tout le problème de la qualification du contrat ressort, nous l'avons vu, essentiellement de l'interprétation de la volonté des parties. Les juges devraient donc normalement se placer au moment de la conclusion de la convention pour dégager l'intention des parties quant à la nature du contrat. Mais les situations sont parfois d'une telle complexité que l'on ne peut pas dire a priori d'un contrat s'il est ou non à durée déterminée. Devant la multitude des situations particulières, il ne peut y avoir de notion unitaire. En effet, *un contrat de travail est souvent composé de plusieurs périodes* au cours desquelles des règles de rupture différentes peuvent s'appliquer. Ce qui importe dès lors pour le juge, ce n'est pas de savoir a priori quelle est la nature du contrat qui lie les parties, mais plutôt de connaître les règles qu'il doit appliquer au moment de la cessation des relations contractuelles.

Le juge, de ce fait, se place au moment même où cette rupture intervient (1).

Il doit vérifier si le mode de rupture avait été ou non prévu dès l'origine par les contractants. Si le mode de rupture avait été prévu, deux situations sont possibles : — ou bien, il s'agissait d'un terme extinctif, précis et intangible, et dès lors la convention s'éteint d'elle-même par application des règles du contrat à durée déterminée, — ou bien, ce mode de rupture était prévu dès l'origine par les parties comme étant la conséquence de l'exercice du droit de résiliation unilatérale et, dès lors, ce sont les règles inhérentes au contrat à durée indéterminée qui s'appliquent.

Si, par contre, le moment de rupture ne pouvait faire partie de la prévision des contractants parce qu'ils s'étaient interdits de rompre à ce moment-là, le juge appliquera les règles régissant la rupture des contrats à durée déterminée puisque, par hypothèse même, cette situation est contraire au principe du contrat à durée indéterminée qui peut être rompu à tout moment.

Cette façon de procéder du juge nous paraît logique, bien qu'elle soit contestée par certains auteurs (2) et nous nous devons d'examiner les résultats auxquels elle peut conduire.

61. — Le terme de convention « hybride » recouvre plusieurs hypothèses de combinaisons possibles des deux critères dans un même contrat. On peut, d'une part, songer aux contrats qui doivent obligatoirement être exécutés jusqu'à une certaine date fixée d'avance, mais sans que cette date implique automatiquement la cessation des relations contractuelles entre les parties. Nous qualifierons cette combinaison de contrat à durée minima. A l'inverse, il existe des contrats dans lesquels une date limite a été fixée mais dont, par l'effet d'une clause, on ne peut être sûr qu'ils atteindront cette limite. La seule certitude que peuvent avoir les parties, est que le contrat ne saurait se poursuivre au-delà de la date fixée. Dans ce cas, il s'agit de contrats à durée maxima. Ensuite, nous nous pencherons sur les contrats assortis d'une période d'essai ; en effet, cette période du contrat est toujours assortie d'une date limite, mais dans le même temps les parties bénéficient d'une liberté particulière de rupture. Enfin, nous envisagerons les problèmes posés par le travail intérimaire.

§ 1. — *Les contrats à durée minima.*

62. — Dans de tels contrats, les parties ont fixé une période pendant la durée de laquelle elles s'interdisent de rompre, la liberté de rupture n'intervenant que postérieurement dans l'éventualité où les contractants décideraient de continuer leurs relations après la limite fixée à la période initiale. La jurisprudence, depuis toujours, a considéré qu'un tel contrat est à durée déterminée pendant la période initiale et se transforme après l'arrivée du

(1) Voir *supra*, chapitre I, n° 23.
(2) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 276.

terme en une convention à durée indéterminée (3). Cette solution paraît logique. En effet, si la rupture se produit avant la date précisée dans le contrat, celui qui en est victime pouvait légitimement escompter que les relations contractuelles se poursuivraient au moins jusqu'à cette date. On doit donc analyser une telle convention comme imposant aux deux parties une interdiction de rompre le contrat jusqu'à la date fixée. La rupture intervenant pendant cette période n'entrait pas dans la prévision des parties et la conséquence principale est l'application des règles régissant la rupture anticipée des conventions temporaires. Au contraire, si la rupture intervient après la date fixée, elle est la conséquence de l'utilisation discrétionnaire du droit de résiliation et, dès lors, ce sont les règles régissant la rupture des contrats à durée indéterminée qui s'appliquent.

Mais quelle règles doit-on appliquer lorsque la rupture se produit au moment prévu comme mettant fin à la période d'interdiction de rompre ? Plusieurs cas sont à envisager.

63. — a) Le contrat à durée minima peut être assorti d'une promesse de stabilité d'emploi. Ainsi l'employeur engage le salarié pour un certain temps en lui promettant de continuer à l'employer après cette date. La jurisprudence récente a estimé que de tels contrats sont à durée indéterminée (4) et une partie de la doctrine a approuvé cette solution en faisant valoir que la promesse de stabilité de l'emploi est une renonciation à se prévaloir du terme. Une telle stipulation rendrait le terme inexistant (5). Cette analyse ne nous paraît pas satisfaisante, non parce qu'elle manquerait de logique mais surtout parce qu'elle se base sur des espèces jurisprudentielles particulières. En effet, dans les divers cas analysés les juges prennent bien soin de relever soit que la durée de la première période n'était pas précisée (6), soit que les parties étaient d'accord sur le caractère de contrat à durée indéterminée (7). Il n'y avait dès lors aucun problème et, dans ces cas, quel que soit le moment où se produit la rupture, les juges appliqueront les règles relatives à la cessation des engagements à durée indéterminée, la promesse de stabilité de l'emploi ne faisant que les renforcer dans leur conviction que la convention était à durée indéterminée du début à la fin. En effet, les espèces étudiées ne peuvent conduire à une autre conclusion car soit la première période n'était pas suffisamment précise, soit les parties avaient clairement exprimé leur volonté de se lier par contrat à durée indéterminée.

Mais dans l'hypothèse où la durée de la première période serait bien précisée, quelles règles doit-on appliquer si la rupture inter-

(3) Civ. 26 novembre 1928, D.H. 1929-2 ; Civ. 20 octobre 1930, J.C.P. 1930-1278 ; Req. 10 novembre 1936, S. 1937-I-16.

(4) Soc. 11 mai 1964, Bull. 1964-IV, n° 393, p. 322 ; J.C.P. 1964-IV-89 ; Soc. 16 décembre 1964, Bull. 1964-IV, n° 850, p. 703.

(5) F. Saramito, « *Le contrat de travail à durée déterminée* », Droit Ouvrier 1966, p. 229.

(6) Soc. 11 mai 1964, précité.

(7) Soc. 16 décembre 1964, précité.

vient à la date prévue ? L'employeur, désireux d'échapper aux garanties protectrices de l'emploi, soutiendra que la rupture n'est pas la conséquence d'un droit de résiliation, mais qu'elle était prévue dans la convention dès l'origine.

On pourrait alors considérer que le contrat prend fin par arrivée du terme prévu, et que ce sont les principes de la responsabilité contractuelle qui vont jouer. Le salarié demandera des dommages-intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution de la promesse de stabilité faite par l'employeur (8). Mais il ne faut pas se dissimuler que sur le plan pratique cette solution est défavorable au salarié car il va avoir à prouver l'étendue du préjudice qu'il subit. Aussi le juge pourra-t-il déclarer que le contrat est à durée indéterminée, estimant par là que le fait de ne pas avoir respecté la clause de stabilité de l'emploi équivaut à la manifestation de volonté unilatérale, pour accorder les garanties inhérentes à la rupture de cette catégorie de contrats. Cette position n'est d'ailleurs pas illogique puisque l'employeur *par sa seule volonté* peut faire en sorte que le contrat continue ou prenne fin. On rejoint ici les solutions jurisprudentielles étudiées dans le cadre de l'inexécution des obligations contractuelles (9).

La solution est normale car, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un terme intangible, l'employeur, par sa promesse de stabilité d'emploi, ayant laissé entendre au salarié que les relations contractuelles se poursuivraient après cette date. Les juges doivent dès lors appliquer les principes régissant la rupture des conventions à durée indéterminée. La détermination n'est pas absolue et le salarié pouvait légitimement compter sur la poursuite de ses relations contractuelles avec l'employeur. Ce dernier d'ailleurs est obligé de manifester sa volonté de ne pas continuer les rapports de travail et cette manifestation de volonté doit être analysée en l'exercice du droit de résiliation unilatérale.

64. — b) Une situation très proche de celle que nous venons d'envisager est celle où le contrat initial prévoit une simple faculté de prorogation pour une durée indéterminée, mais où les parties n'en font pas usage lors de l'arrivée du terme. Dans ce cas, les juges décident que le terme emporte cessation des relations sans que l'on puisse condamner l'auteur de la rupture à verser une indemnité de préavis (10).

Dans une telle hypothèse, le juge peut valablement estimer que le moment de la rupture est prévu dès l'origine et que la simple possibilité d'une continuation des relations n'introduit pas une indétermination suffisante pour faire appliquer le régime des contrats à durée indéterminée, à la différence du cas précédent de promesse de stabilité d'emploi. Mais on peut aussi estimer,

(8) Cesare LANCIANI, *Le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée en droit français et en droit italien*, Nancy, 1962, p. 41 (Publication du Centre européen universitaire).

(9) Voir chapitre I, 2e section, § 2, n° 53.

(10) Soc. 31 mars 1965, Bull. 1965-IV, n° 277, p. 227. Rapprocher Soc. 15 juin 1960, Bull. 1960-IV, n° 628, p. 489.

d'une part, que le salarié victime de la rupture pouvait compter sur la continuation des rapports contractuels, et, d'autre part et surtout, que l'employeur est amené *à manifester sa volonté* de ne pas utiliser la faculté de prorogation prévue au contrat : on pourrait analyser cette manifestation de volonté en une utilisation d'un droit de résiliation unilatérale. La solution de la jurisprudence, si elle paraît logique, peut donc faire l'objet de certaines réserves. En fait, il faut remarquer que le problème de l'interprétation de la volonté des parties est ici particulièrement délicat et que le juge va surtout être amené à tenir compte des circonstances de fait (11). Il doit essentiellement déterminer le degré de probabilité de la continuation des relations contractuelles après l'arrivée du terme et estimer si le salarié pouvait légitimement s'attendre à conserver son emploi.

65. — c) Le contrat peut aussi se présenter sous la forme d'une convention assortie d'une condition. Dans ce cas il s'agit d'un contrat dans lequel les parties conviennent d'une durée précise et limitée à l'issue de laquelle un certain résultat sera la condition de la prolongation des rapports contractuels. On trouve de tels contrats en matière de représentation. L'employeur fixe une période de durée déterminée pendant laquelle le salarié se doit se réaliser un certain chiffre d'affaires. Si cette condition, de nature objective, se réalise, les relations contractuelles se poursuivent, sans limitation de durée cette fois. Il ne faut pas confondre une telle période avec « la période d'essai » (12) car l'employeur est ici lié jusqu'au terme prévu et la condition résolutoire est indépendante de sa volonté.

Dans un tel cas, la jurisprudence condamne l'employeur qui rompt prématurément à des dommages-intérêts en application des principes régissant la rupture des conventions temporaires (13). La solution retenue en l'espèce est logique mais, ici encore, nous estimons que le régime applicable va dépendre du moment auquel se produit la rupture. Si la rupture se produit pendant la période où les parties se sont interdites de rompre, c'est-à-dire la période initiale, la solution jurisprudentielle est la seule valable. Par contre, si l'employeur rompt à la date prévue la solution dépend du résultat objectif obtenu par le salarié. S'il n'a pas rempli la condition, ce moment de rupture était prévu comme terme définitif. La condition résolutoire jouera et cette condition se réalise en dehors de la volonté de l'employeur. Elle n'est pas potestative. Au contraire, si le salarié a réalisé le chiffre d'affaires, le moment de rupture n'était alors pas prévu par ce salarié qui pouvait légitimement escompter que l'employeur exécuterait sa promesse. Il pourra demander des dommages-intérêts pour non-exécution de ses engagements par l'employeur. Enfin, si la rupture se produit après la date prévue, alors que les relations contractuelles se sont poursuivies, elle est le résultat de

(11) Soc. 26 juin 1968, J.C.P. 1968-IV-140.
(12) *Infra*, § 3. *Adde :* Soc. 4 novembre 1965, D. 1966-140, note G.L.C.
(13) Soc. 20 mars 1963, Bull. 1963-IV, n° 265, p. 215.

l'exercice du droit de résiliation unilatérale prévu par les parties après cette date limite et, dès lors, le juge doit appliquer les règles des contrats à durée indéterminée (14).

66. — Le problème du contrat à durée minima doit donc être résolu d'une façon cohérente et il semble que la jurisprudence ait suivi cette voie. Lorsque la rupture intervient dans la période initiale, le juge applique les règles de rupture des contrats temporaires, c'est-à-dire les règles de la responsabilité contractuelle. Si elle a lieu après la date fixant la limite de la période temporaire, il applique les règles inhérentes à la rupture du contrat à durée indéterminée, car cette rupture est la conséquence d'une manifestation de volonté unilatérale prévue dès l'origine. La seule difficulté concerne la rupture à la date fixée comme limite à la période initiale et, dans ce cas, il n'y a pas de solution unique. Selon ce que les parties auront voulu à l'origine, le juge appliquera les règles qui lui paraissent appropriées, Toutefois, la rupture à cette date, lorsqu'elle est fautive, devrait encore entraîner l'application des règles de la responsabilité contractuelle. Mais dans un souci de simplification, qui d'ailleurs s'explique aussi sur le plan des principes, les juges préfèrent y voir une manifestation de volonté entraînant l'application des garanties dues en cas de rupture du contrat à durée indéterminée. Et si l'on envisage le problème sous un autre angle, on peut également arriver à une explication satisfaisante de cette solution. En considérant que le contrat est en réalité un contrat à durée indéterminée, dans lequel les parties ont volontairement supprimé l'exercice du droit de résiliation unilatérale pendant la période initiale, on aboutit au résultat suivant : pendant la période initiale la rupture entraîne la responsabilité contractuelle de celui qui rompt ; après cette limite les parties ont recouvré le droit de rompre discrétionnairement ; enfin, la rupture effectuée à la date limite serait déjà une utilisation du droit de résiliation unilatérale entraînant par conséquent l'octroi des garanties, cette date limite ne pouvant absolument pas être analysée en un terme. *On peut donc voir dans le contrat à durée minima un contrat de durée totale indéterminée dans lequel les parties se sont interdit d'utiliser la faculté de résiliation unilatérale pendant la première période.*

§ 2. — *Les contrats à durée maxima.*

Une autre catégorie de contrats pouvant combiner les deux critères consiste à prévoir un terme extinctif, mais en réservant la possibilité de mettre fin au contrat avant l'arrivée de ce terme. Plusieurs situations peuvent être regroupées sous cette rubrique.

(14) Cesare Lanciani, *Le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée en droit français et en droit italien*, Nancy, 1962, p. 41 (Publication du Centre européen universitaire).

67. — a) En premier lieu, il existe des contrats de durée maxima mais pendant lesquels les parties ont prévu que la rupture pourrait intervenir si des conditions de nature plus ou moins objective devaient se réaliser.

1° En plus du terme certain qui doit marquer la limite des relations contractuelles, il peut exister dans le contrat une condition résolutoire. Aussi, les règles applicables à la rupture d'une telle convention, quel que soit le moment où elle se produit, sont celles du contrat à durée déterminée.

Ainsi, un contrat de travail conclu pour cinq ans conserve le caractère de contrat à durée déterminée, nonobstant la clause selon laquelle l'employeur « pouvait à tout instant résilier le contrat pour des raisons d'ordre économique et technique justifiant les mesures de réduction du personnel » (15). Dans un tel cas, la rupture du contrat n'est pas laissée à la libre initiative de l'employeur mais est commandée par un événement de caractère objectif et aisément contrôlable. Cet événement s'analyse en une clause résolutoire de plein droit (16).

La solution est encore plus nette dans un autre arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation : « la clause de résiliation de plein droit et sans indemnité, insérée dans le contrat de travail à durée déterminée d'un salarié pour le cas où l'entreprise cesserait la fabrication de ses produits, ne constitue pas un droit unilatéral abandonné à la volonté arbitraire d'une seule des parties... » (17). Le contrat reste donc à durée déterminée si la faculté de résiliation anticipée a un caractère purement objectif.

Plus contestable nous paraît être l'interprétation jurisprudentielle qui admet cette même solution dans le cas d'une clause de résiliation « pour motifs légitimes » (18). Ici la condition est extrêmement vague et surtout la légitimité d'un motif peut se révéler essentiellement subjective. Toutefois, la jurisprudence prend soin, dans un tel cas, de préciser que c'est à l'employeur d'apporter la preuve du motif légitime. Les juges se réservent donc une faculté de contrôle de l'existence ou de la réalité de telles conditions résolutoires (19). Dans ce genre de contrats, il n'existe aucune possibilité de rompre par une décision unilatérale et discrétionnaire. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer le régime de rupture des conventions à durée indéterminée quel que soit le moment auquel est intervenue la cessation des relations contractuelles.

68. — 2° Mais une autre catégorie de contrats à durée maxima est celle dans laquelle les parties, bien qu'ayant assigné une durée limite au-delà de laquelle leurs relations ne sauraient se

(15) Soc. 22 juin 1961, Bull. 1961-IV, n° 677, p. 537.
(16) Soc. 16 décembre 1968, Bull. 1968-V, n° 591, p. 490.
(17) Soc. 28 octobre 1963, Bull. 1963-IV, n° 739, p. 615.
(18) Soc. 5 novembre 1964, Bull. 1964-IV, p. 594 ; J.C.P. 1964-IV-157.
(19) Le congédiement dans ce cas est considéré comme abusif dès que l'employeur ne peut pas faire la preuve du motif légitime. Ainsi en cas de faute grave voir Soc. 31 mai 1956, Bull. 1956-IV, n° 498, p. 368 ; voir aussi Soc. 5 novembre 1964, Bull. 1964-IV, n° 721, p. 594.

poursuivre, ont prévu au profit de l'une ou l'autre des parties, la possibilité de mettre fin à leur collaboration à tout moment de façon discrétionnaire. Dès l'embauche, les parties se réservent le droit de mettre fin à tout moment à leur collaboration sans que celle-ci puisse excéder la date prévue au contrat. Le contrat prévoit bien un terme définitif et précis, mais ce dernier n'est pas intangible puisque les parties peuvent rompre à tout moment. Ici encore, le juge devra se référer au moment de la cessation des relations pour dégager les règles relatives à la rupture d'un tel contrat. Si celle-ci intervient avant la date fixée, elle est la conséquence de l'utilisation du droit de résiliation unilatérale prévu dès l'origine et dès lors les règles relatives au contrat à durée indéterminée doivent s'appliquer (20). Par contre, si un tel contrat va jusqu'au terme prévu, il s'éteint de lui-même suivant en cela le régime des contrats à durée déterminée, car dans l'intention des parties la date limite de leur collaboration était précise et ne faisait aucun doute (21). Il n'y avait pas de possibilité de prorogation.

Cette position jurisprudentielle est approuvée par la majorité de la doctrine (22). Le droit de résiliation unilatérale tient à l'essence même du contrat à durée indéterminée. En laissant aux parties la possibilité de rompre le contrat à tout moment, l'incertitude règne sur la date à laquelle un tel contrat prendra fin, mais on connaît toutefois avec certitude la date au-delà de laquelle il ne saurait aller. Bien qu'une telle solution jurisprudentielle soit conforme à l'intention des parties, un auteur la trouve contestable : « C'est au moment de la conclusion du contrat qu'on doit normalement se placer pour se prononcer sur sa nature et non point lors de son extinction. On fait courir aux salariés le risque de perdre brutalement leur emploi alors qu'ils pouvaient légitimement penser, jusqu'au dernier moment, qu'ils bénéficieraient d'un préavis en raison de l'exercice du droit de résiliation » (23). Cette critique, bien que teintée d'un esprit social certain, ne nous paraît pas convaincante. En effet, nous avons vu que si le juge se place au moment de la rupture pour déterminer les règles applicables, c'est essentiellement pour dégager si ce moment de rupture fait ou non partie de la prévision des parties à l'origine. Or dans un tel cas, le moment de cessation impératif des relations contractuelles a été dès l'origine indiqué dans la

(20) Civ. 28 novembre 1928, D.H. 1929-2, S. 1929-I-55 ; Civ. 20 octobre 1930, S.J. 1930-1278 ; Req. 14 juin 1932, D.H. 1932-410, S. 1933-I-61, G.P. 1932-2-284 ; Civ. 3 août 1934, S. 1935-I-25, G.P. 1934-2-683 ; Req. 10 novembre 1936, S. 1937-I-16 ; Soc. 21 mars 1952, Bull. 1952-IV, n° 282, p. 176 ; Soc. 24 mai 1956, Bull. 1956-IV, n° 480, p. 355 ; Soc. 28 juin 1958, Bull. 1958-IV, n° 822, p. 609 ; Soc. 20 novembre 1959, Bull. 1959-IV, n° 1168, p. 929 ; Soc. 23 avril 1960, Bull. 1960-IV, n° 379, p. 296 ; Soc. 14 novembre 1963, J.C.P. 1964-II-13471, note CAMERLYNCK ; Soc. 20 janvier 1965, Bull. 1965-IV, n° 53, p. 39.

(21) Civ. 20 décembre 1943, J.C.P. 1944-II-2611, S. 1945-I-53, G.P. 1944-I-72 ; Soc. 11 mai 1962, Bull. 1962-IV, n° 434, p. 345.

(22) P. DURAND et A. VITU, t. II, p. 312 ; J. VINCENT, *opus cité*, p. 397 ; G.H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, p. 451 ; note sous Soc. 14 novembre 1963, J.C.P. 1964-II-13471 ; SARAMITO, *opus cité*, p. 229.

(23) A. BRUN, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 276.

convention. Le salarié connaissant déjà, à l'avance, la date limite de son engagement, on ne peut valablement soutenir qu'il perd brutalement son emploi : en effet, dans la période qui précède ce terme, il a tout le temps nécessaire pour prendre ses dispositions. Il ne sera pas surpris par la rupture puisque celle-ci est envisagée dès la conclusion du contrat. Nous avons ici un exemple type de contrat, dans lequel la rupture peut être régie par les règles de l'une ou de l'autre des catégories suivant le moment où se produit la rupture. Il paraît difficile, a priori, de le faire entrer dans l'une ou l'autre de ces catégories. On ne peut décider des règles régissant la rupture qu'au moment où cette rupture se produit.

69. — b) L'application des critères retenus par la jurisprudence permet aussi de proposer une solution cohérente aux problèmes posés par la mise à la retraite dont un auteur a pu dire qu'elle constituait « un mode original de cessation du contrat de travail » (24).

A partir d'un âge déterminé, soixante-cinq ans en général, la sécurité sociale et les régimes complémentaires institués par les accords professionnels, prévoient que le salarié a le droit de prendre sa retraite. Cet acte marque la fin normale de la vie du travailleur en tant que tel. Mais à la différence de ce qui existe dans le secteur public, aucun âge de mise à la retraite de façon impérative n'existe dans le secteur privé. Le travailleur peut donc normalement continuer son activité salariée s'il décide de ne pas prendre sa retraite, lorsqu'il atteint l'âge qui lui en donne le droit.

Mais, de plus en plus, les parties au contrat limitent leurs obligations respectives au temps qu'il reste à courir jusqu'à cet âge. Ces limitations peuvent être le fait de notes de service auxquelles le salarié souscrit (25), du règlement intérieur de l'entreprise (26), d'une convention collective (27), soit même d'un régime de retraite complémentaire (28).

Si aucun accord de ce genre n'existe, l'employeur qui met fin au contrat de travail du salarié sous prétexte qu'il a atteint l'âge de la retraite, opère un véritable congédiement. Il exerce son droit de résiliation unilatérale et les juges doivent dès lors décider que ce sont les règles régissant les contrats à durée indéterminée qui doivent s'appliquer à une telle rupture (29). Cette solution est normale, d'une part, parce que l'employeur a utilisé son droit de résiliation, critère du contrat à durée indéterminée et que, d'autre part, le salarié victime de la rupture pouvait encore compter sur

(24) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 168, p. 297.
(25) Soc. 9 mai 1962, Bull. 1962-IV, p. 323.
(26) Soc. 21 avril 1961, *Droit Social* 1961, p. 480, note J. Savatier ; Soc. 3 février 1965, Bull. 1965-IV, n° 90, p. 71 ; Soc. 2 avril 1968, J.C.P. 1968-IV-90.
(27) Soc. 27 janvier 1951, Bull. 1951-III, p. 50 ; Soc. 7 novembre 1963, *Droit Social* 1964, p. 164, note J. Savatier ; Soc. 20 janvier 1966, Bull. IV p. 80 ; *Droit Social* 1966, p. 359, note J. Savatier.
(28) Soc. 9 mai 1962, précité.
(29) Soc. 6 janvier 1962, Bull. 1962-IV, p. 18 ; Soc. 21 octobre 1964, *Droit Social* 1965, p. 247, note J. Savatier ; Soc. 6 janvier 1967, Bull. 1967-IV, p. 20.

la continuation de son contrat après l'arrivée de l'âge auquel il est en droit de prendre sa retraite.

Par contre, si un accord sur l'âge de mise à la retraite existe, on doit considérer que la date prévue par cet accord marque dans l'esprit des parties la fin des relations contractuelles et qu'une telle mise à la retraite ne constitue pas un licenciement de la part de l'employeur. Il pouvait donc paraître normal que la fixation d'un âge de retraite remette partiellement en question la distinction des contrats à durée indéterminée et à durée déterminée. La jurisprudence estimait que l'arrivée de l'âge convenu produisait les mêmes conséquences que l'arrivée du terme convenu dans les contrats à durée déterminée (30). Mais, en réalité, cette fixation contractuelle d'une limite d'âge n'a pas pour effet de transformer le contrat de travail en contrat à durée déterminée. Jusqu'à l'arrivée de la date prévue, les contractants restent libres de rompre le contrat par l'utilisation du droit de résiliation unilatérale. Le contrat assorti d'une date de mise à la retraite est un contrat à durée indéterminée de durée maxima. Le juge appliquera les règles adéquates suivant le moment où se produira la cessation des relations contractuelles. Dès lors, à l'échéance, ce sont les règles régissant la rupture du contrat à durée déterminée qui doivent s'appliquer.

Un arrêt récent de la Chambre sociale semble remettre en cause cette solution. En effet, il déclare : « Les dispositions du règlement intérieur qui fixent l'âge normal de la retraite à 65 ans, ou qui prévoient que le personnel sera mis à la retraite à cet âge n'impliquent pas nécessairement que le contrat de travail prendra fin automatiquement le jour même des 65 ans du salarié de sorte que l'intéressé soit privé de son droit au préavis d'usage » (31). Nous estimons pour notre part que la solution s'explique par les circonstances de la cause. En effet, en l'espèce, l'employeur avait mis fin brutalement au contrat le jour même où le salarié atteignait l'âge de 65 ans, sans prendre aucune mesure pour atténuer la brutalité de la rupture. Or si on interprète les dispositions du règlement intérieur, on peut admettre que le salarié était en droit d'être averti avec précision de la date exacte qui devait marquer la cessation des relations contractuelles. Le fait que le règlement intérieur précise l'âge de la mise à la retraite ne peut être interprété comme donnant le droit à l'employeur de rompre le contrat le jour anniversaire des 65 ans du salarié, mais de façon plus normale à la fin de l'année civile où le salarié atteint cet âge, moment où il s'attend à la rupture.

Cet arrêt doit être considéré comme un cas d'espèce ne remettant aucunement en cause le principe que nous avons dégagé. La date de mise à la retraite constitue normalement le terme des relations contractuelles mais il ne faut pas que cette rupture surprenne le salarié.

(30) Bordeaux 9 mars 1960, J.C.P. 1960-II-11674, note Bizière ; Soc. 16 octobre 1958, *Droit Social* 1959-90 ; Soc. 21 avril 1961, *Droit Social*, 1961-480.

(31) Soc. 2 avril 1968, J.C.P. 1968-IV-90, J.C.P. 1968-II-15585, note G.H. Camerlynck.

70. — Il arrive toutefois que l'employeur, nonobstant le terme fixé par le contrat, continue à employer le salarié. Si cela se produit sans que l'employeur fixe une nouvelle date limite, la période postérieure au moment où aurait dû intervenir la mise à la retraite est une période de durée indéterminée et la rupture du contrat devrait être accompagnée des garanties dues en cas de rupure du contrat à durée indéterminée. Ici on peut douter que ce soit la solution que retiendra la jurisprudence (31 bis). En effet, il ne faut pas oublier que la retraite met normalement fin à la carrière du travailleur. Dès lors, si l'employeur continue à employer le salarié, on peut présumer qu'il le fait dans le but de rendre service à ce dernier. De plus, quel que soit le fondement des indemnités de rupture, il faut admettre que le salarié ne saurait obtenir plus que ce qu'il aurait obtenu si le contrat avait cessé au jour prévu. Le juge peut très bien considérer que la nouvelle période qui s'est ouverte est une période de durée précaire, ouverte en faveur du salarié, et dont la rupture ne comportera pas les garanties prévues en cas de rupture du contrat à durée indéterminée. Si, au contraire, l'employeur fixe une nouvelle date limite, deux situations sont possibles : ou bien il se réserve le droit de rompre avant cette date et dès lors on retombe dans les cas de contrats à durée indéterminée à durée maximum, ou bien il accorde un contrat à durée déterminée et dès lors la cessation des relations ne peut intervenir qu'au nouveau terme prévu. S'il se contente de fixer une nouvelle date limite sans aucune précision, l'ambiguïté lui étant imputable, le juge devra appliquer les règles les plus favorables au salarié sans que celles-ci puissent conduire à une indemnisation qui aurait pour effet de prolonger le contrat au-delà de la date limite fixée.

71. — Bien que ce régime de rupture soit encore suceptible d'adaptations, il s'ensuit que la mise à la retraite peut indifféremment être régie par les règles des deux catégories de contrats. La solution doit être recherchée dans l'interprétation de la volonté des parties. Il n'y a donc, en l'état actuel du droit, pas de solution spéciale à ce mode particulier de cessation du contrat de travail qui suit les principes posés par la jurisprudence, tout au moins en ce qui concerne le problème de la durée de la convention.

72. — c) Un autre problème s'est posé lorsque le contrat prévoit un terme extinctif mais où l'une des parties se réserve le droit de rompre avant ce terme en donnant en général un long préavis. Le contrat est-il à durée déterminée assorti d'une clause pénale fixant le montant des dommages-intérêts en cas de rupture anticipée au profit d'une seule des parties, ou bien est-il à durée indéterminée assorti d'un délai-congé de durée exceptionnelle destiné à garantir une stabilité d'emploi effective, mais qui devra

(31 bis) Les juges du fond paraissent pourtant favorables à cette analyse ainsi qu'en témoigne un arrêt de la cour de Paris du 1er février 1969 D. 1970 p. 16 note G. Lyon-Caen. Dans l'hypothèse précise d'une continuation au-delà du terme prévu, le contrat de travail a le caractère de contrat à durée indéterminée.

alors être respecté par les deux parties ? Le tribunal civil de Marseille avait été saisi du problème à l'occasion du contrat d'un représentant, conclu pour quatre ans, mais pendant lequel le représentant se réservait le droit de rompre en donnant un préavis de deux ans. Par un jugement du 11 mars 1957 ce tribunal avait décidé qu'il s'agissait d'un contrat à durée déterminée, doté non d'un délai-congé mais d'une clause pénale. En d'autres termes, le préavis de deux ans était un dédit marquant la mesure du préjudice subi par celui qui était victime de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée. La Cour de cassation saisie du pourvoi contre ce jugement estime que malgré l'existence du terme, le contrat était à durée indéterminée (32).

La Cour d'appel de Paris, confrontée au même problème, allait reprendre la solution du tribunal civil de Marseille. Un contrat avait été conclu entre la Société Dior et le modéliste Yves Mathieu Saint-Laurent pour une durée de cinq ans, à savoir du 1er janvier 1958 au 31 décembre 1962. Le contrat stipulait que la Société Dior se réservait le droit de rompre moyennant un préavis de deux ans. Or le contrat est rompu par la société en mai 1961. La Cour d'appel de Paris saisie du litige rend le 20 mars 1962 un arrêt dans lequel elle déclare :

« Lorsqu'un contrat de travail d'une durée de cinq ans et à terme certain comporte une faculté de résiliation unilatérale au profit de l'employeur constituée par un préavis de deux ans, ledit contrat doit être cependant considéré comme un contrat à durée déterminée. En effet, l'assurance de la stabilité de l'emploi pendant une période fixe résulte tant de l'importance de la clause pénale précitée que de la volonté même des parties réitérée dans un protocole postérieur » (33).

Ainsi, pour les juges du fond, le contrat est à durée déterminée assorti d'une clause pénale marquant la mesure des dommages-intérêts. Le montant de la clause pénale s'imposant au juge, la société fut condamnée à payer à son modéliste l'équivalent de deux années de salaires.

Contre cet arrêt, la société Dior se pourvoit en cassation et la Chambre sociale, le 12 juillet 1964, casse l'arrêt de la Cour de Paris.

« Lorsqu'un contrat a été conclu pour une durée de cinq ans sans que soit prévue aucune reconduction, doit être cassé l'arrêt qui en cas de rupture par l'employeur environ un an et demi avant la fin du contrat accorde à l'employé une indemnité de préavis égale à deux années de ses appointements, en se fondant sur ce que la faculté unilatérale que l'employeur s'était réservée n'étant pas limitée aux trois premières années il s'ensuivait que l'indemnité de préavis qui en était la contrepartie serait due quelle que soit la date de la rupture. Alors qu'en prolongeant ainsi au-delà de la date limite convenue les effets de la convention qui faisait la loi des parties et en accordant à titre d'indemnité

(32) Soc. 12 mars 1959, Bull. 1959-IV, n° 367, p. 300.
(33) C. appel Paris, 22e ch. 20 mars 1962, J.C.P. 1962-II-12672, note P. Bizière.

compensatrice de préavis une somme supérieure aux salaires à échoir jusqu'à expiration *du contrat à durée déterminée*, les juges ont dénaturé le sens de la convention » (34).

Ainsi, la Cour de cassation condamne la thèse de la clause pénale, en tant qu'elle a pour effet de prolonger le contrat au-delà de la date limite prévue par les parties elles-mêmes. Mais, pour la Cour de cassation, le contrat était un contrat à durée déterminée au moment où il a été rompu.

73. — Pour notre part, nous approuvons la solution de la Cour Suprême, tout en lui reprochant d'utiliser les termes « indemnité compensatrice de préavis ». Il nous paraît, en effet, contradictoire de parler d'indemnité compensatrice de préavis et de contrat à durée déterminée. A notre avis, la clause selon laquelle la partie qui rompt s'engage à le faire en prévenant l'autre partie deux ans à l'avance est *une clause de stabilité minima* qui a un rôle bien précis à jouer et qui marque fortement la nature du contrat selon le moment où elle est appelée à jouer. Dans l'espèce, le contrat était conclu du 1er janvier 1958 au 31 décembre 1962. Ce contrat se divise, à notre avis, en deux périodes. L'une allant du 1er janvier 1958 au 31 décembre 1960, et l'autre du 1er janvier 1961 au 31 décembre 1962. Si la rupture se produit à l'intérieur de la première période, ce sont les règles du contrat à durée indéterminée qui vont jouer, la clause de stabilité minima s'appliquant. L'indétermination subsiste quant à la durée possible d'emploi qui peut aller de deux ans minimum à cinq ans maximum. Par contre, dès que la date du 1er janvier 1961 est atteinte, par le jeu de la clause, le modéliste sait que son contrat ira jusqu'au bout des cinq années. Une détermination absolue apparaît et le fait de lui accorder le montant total de deux années de salaires va au-delà même de ce qu'il pouvait espérer, puisque la convention prévoyait un terme précis à leur collaboration. C'est sur ce seul point que réside la censure de la Cour Suprême. Ainsi, en se plaçant au moment de la rupture, les juges peuvent dégager les règles applicables, en se faisant ainsi une idée juste de ce que les parties avaient voulu dès l'origine. Dans un tel cas, il s'agit d'un contrat à durée maxima assorti d'une clause de stabilité minima.

74. — Mais il peut se faire que la clause insérée soit une véritable clause de dédit qui n'influe pas sur la nature du contrat. Ainsi l'employeur peut inclure dans le contrat une clause de remboursement de frais limitée dans le temps. Un arrêt récent a considéré que le contrat prévoyant le remboursement des frais engagés par l'employeur si le salarié démissionnait dans les cinq ans après le stage était un contrat à durée indéterminée bien que comportant une clause pénale en cas de démission du salarié (35). L'analyse est juste car l'employeur pouvait à tout moment utiliser le droit de résiliation unilatérale en respectant les garanties

(34) Soc. 1er juillet 1964, D. 1964, p. 577.
(35) Soc. 20 janvier 1965, Bull. 1965-IV, n° 53, p. 39.

légales. Quant au salarié, il avait accepté de bonne foi la clause de remboursement en cas de démission dans un certain délai. La date prévue au contrat n'avait pas pour but de mettre fin au contrat, mais de fixer une limite à l'obligation de remboursement du salarié. En aucun cas il ne perdait son droit de résiliation unilatérale. Ainsi les règles à appliquer à la rupture d'un tel contrat sont simples. S'il y a licenciement par l'employeur, les règles applicables sont celles régissant la rupture des contrats à durée indéterminée. S'il y a démission du salarié, deux situations différentes se présentent : si elle a lieu avant la fin du délai, le salarié devra non seulement respecter les règles mais encore rembourser les frais engagés pour sa formation par l'employeur. Si elle a lieu après le délai, cette obligation de remboursement disparaît.

75. — On s'aperçoit donc que c'est essentiellement par l'analyse de la volonté des parties que les juges peuvent donner une solution cohérente à la qualification du contrat de travail fondée sur la durée. En réalité, l'imagination des parties se révélant fertile, l'imbrication des divers critères dans la même convention peut entraîner à l'intérieur de celle-ci, une succession de périodes diverses au cours desquelles les règles afférentes à la rupture peuvent être différentes. Tout le souci du juge est de déterminer quelles règles doivent être appliquées au moment où se produit la rupture et nous avons pu remarquer par l'étude des cas jurisprudentiels qu'il s'est fait aujourd'hui une idée précise des critères de distinction. Mais qu'en est-il de la période qui généralement marque le début du contrat et qui est désignée sous le vocable de « période d'essai » ?

§ 3. — *La période d'essai.*

76. — Le problème de l'engagement à l'essai a fait l'objet de nombreux développements de la part de la doctrine (36), et a été, depuis la loi du 19 juillet 1928, constamment posé aux juges (37).

(36) J. Vincent, *opus cité*, p. 399 et s., p. 440 et s. ; J. Carbonnier, *Droit Social* 1946, p. 35 et s. ; J.M. Bischoff, *La protection des engagements temporaires, opus cité*, p. 109 et s. ; Demogue, *Les contrats provisoires*, Mélanges Capitant, p. 159 et s. ; Brun et Galland, *Droit du travail*, t. II, p. 97 ; Rivero et Savatier, *Droit du travail*, p. 339 ; Camerlynck et Lyon-Caen, *Précis de droit du travail*, p. 103 et s. ; P. Durand et Vitu, n° 160-161, p. 285 et s. ; G.H. Camerlynck, *Le contrat de travail*, n° 80, p. 140 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 142 et s. ; P.F. Gonidec, « *L'engagement à l'essai dans la métropole et dans les territoires d'outre-mer* », D. 1958, p. 35 ; P. Bizière, « *Le contrat de travail à l'essai* », I.C.E., 1962, p. 195 et s. ; H. Sinay, « *Le travail à l'essai* », *Droit Social* 1963, p. 150 et s. ; J. Ribettes-Tillhet et J.L. Wibaut, « *La période d'essai* », Droit Social 1968, p. 299.

(37) La loi du 19 juillet 1928 instituant le délai-congé de façon impérative a incité de nombreux employeurs à utiliser la technique de l'engagement à l'essai pour échapper au maximum aux contraintes de la nouvelle loi. Mais la pratique de l'essai avait déjà été soumise aux tribunaux avant 1928. Civ. 25 janvier 1926, S. 1926-I-84 ; T. com. Troyes 8 novembre 1926, G.P. 1927-I-335 ; Civ. 24 janvier 1927, D.H. 1927-81.

Il est incontestable que cet essai est d'une grande utilité pour les deux parties. Du point de vue strictement professionnel, l'employeur pourra juger des aptitudes du salarié à tenir l'emploi et ce dernier pourra de même estimer si l'emploi lui convient. Du point de vue humain, considération essentielle notamment pour les salariés haut placés dans la hiérarchie, cette période permettra aux parties de vérifier si une collaboration confiante peut s'instaurer de manière à aboutir à des résultats positifs. D'une certaine façon, on peut soutenir que cette période d'essai a pour but d'éliminer l'élément d' « intuitus personae » qui est souvent une cause d'instabilité des contrats successifs. En effet, le caractère d' « intuitus personae » du contrat de travail, bien que nié par certains, est à notre avis l'un des éléments essentiels qui ont conduit à l'instauration de la période d'essai. Il faut, en effet, remarquer que dans les autres contrats où l'élément d' « intuitus personae » est amené à jouer, les parties s'engagent en fonction principalement de la connaissance des qualités du cocontractant. Le contrat de travail, qui est certainement l'un des contrats les plus usités, permet difficilement cette connaissance a priori. Recrutés le plus souvent par la voie des petites annonces sur la base d'une certaine qualification professionnelle, les salariés, même s'ils possèdent la maturation technique appropriée, peuvent ne pas s'adapter à « l'ambiance » de la maison qui les a embauchés. Et ce caractère personnel du contrat va en s'accentuant au fur et à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie : pratiquement nul au bas de l'échelle, il va devenir primordial aux échelons élevés. La période d'essai, très courte pour les catégories inférieures de salariés, va en augmentant et atteint plusieurs mois pour les cadres et employés supérieurs. La période d'essai a pour but d'éliminer cet élément du contrat, du moins dans une très grande partie (38). A la suite de cet essai, si les parties sont réciproquement satisfaites, le contrat revêtira un caractère plus stable (39).

Du fait même de sa généralisation relativement tardive, cet engagement à l'essai n'a fait l'objet que de dispositions légales dispersées et de portée restreinte (40) et trouve sa source soit dans l'usage (41) soit dans le contrat de travail, mais aussi et surtout dans les conventions collectives (42). Toutefois, quelle que soit

(38) Marc Azoulai, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », p. 1 et s.

(39) Certains auteurs parlent de caractère « définitif ». G.H. Camerlynck, *opus cité*, p. 140 ; A. Brun, *opus cité*, p. 142. Nous écartons ce terme car à notre avis l'engagement à l'essai a un caractère définitif (voir *infra*, n° 92).

(40) Le Code du travail, dans l'art. 13 L. I, parle des deux premiers mois du contrat d'apprentissage qui seront considérés comme temps d'essai et dans l'art. 29 et s., envisage une période d'essai limitée à 3 mois pour les V.R. P. Dautre part, quelques lois spéciales prévoient aussi cette période d'essai : déc. du 13-1-1956 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 26 avril 1924 concernant les mutilés de guerre ; déc. du 15 novembre 1943 portant application de la loi du 8 octobre 1940 concernant l'emploi des pères de famille.

(41) Soc. 20 octobre 1950, Bull. 1950-III, n° 757, p. 509, *Droit Social* 1951-106 ; Soc. 5 avril 1954, I.C.E. 1954-692.

(42) Cf. la période d'essai, Etudes de Droit contractuel collectif sous la

l'étendue de la pratique (43), l'instabilité particulière de la situation des parties pendant cette période entraîne pour celui qui s'en prévaut la charge de la preuve et à défaut de cette preuve, les juges sont très sévères pour reconnaître l'existence de cet engagement à l'essai (44). On peut voir dans cette attitude restrictive le souci des juges d'assurer au maximum une certaine stabilité de l'emploi.

Hormis ces considérations d'ordre général, le point intéressant du problème est d'étudier les règles qui sont actuellement appliquées à la rupture de la période d'essai et qui étant dégagées, permettront peut être de jeter un éclairage nouveau sur le problème de la nature juridique de cette période.

a) *Les caractéristiques de la période d'essai.*

77. — « Le trait essentiel, en même temps que la raison d'être de l'engagement à l'essai, est de conférer à chaque partie une faculté absolue de résiliation unilatérale à tout moment. » C'est en ces termes que M. G.-H. Camerlynck condense toute la solution du problème de la rupture de l'engagement à l'essai (45). Pour Mme H. Sinay, c'est « la faculté de mettre fin à tout instant, sans indemnisation aucune, au contrat de travail (qui) est la caractéristique propre de cette période » (46).

Par deux formules différentes, ces auteurs mettent en réalité l'accent sur les deux traits fondamentaux de la rupture en période d'essai. D'une part, la rupture peut avoir lieu à tout moment, d'autre part, elle intervient sans que la partie qui rompt ait à en donner les motifs.

1. — *La liberté de rupture à tout moment sans préavis.*

78. — Les règles gouvernant la rupture du contrat en période d'essai sont de création éminemmment prétoriennes. En effet, aucun texte législatif de portée générale n'est intervenu à ce sujet. Tout au plus, l'article 13, Livre I du Code du travail dispose : « Les deux premiers mois de l'apprentissage sont considérés comme un temps d'essai pendant lequel le contrat peut être annulé par la seule volonté de l'une des parties. Dans ce cas aucune indemnité ne sera allouée à l'une ou l'autre partie, à moins de conventions expresses ».

direction de G.H. Camerlynck et J. Ribettes-Tillhet et J.L. Wibaut (ronéotypée, 38 pages). *Adde :* Droit Social 1968, p. 299 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* p. 141 ; M. Despax, *Les conventions collectives,* Traité de droit du travail sous la direction de G.H. Camerlynck, t. VII, n° 146.

(43) H. Sinay, *opus cité,* p. 150.

(44) Civ. 24 janvier 1927, D.H. 1927-81 ; T. Civ. Marseille 23 mai 1930-548 ; T. civ. Seine 21 juin 1934, D.H. 1934-484 ; Lyon 19 mars 1946, D. 1947, som. 11 ; Soc. 26 juin 1959, Bull. IV, n° 833, p. 666 ; Soc. 28 novembre 1963, Bull. IV, n° 826, p. 682 ; Soc. 15 février 1965, Bull. IV, n° 141, p. 114 ; Soc. 12 mai 1966, Bull. IV, n° 447, p. 376.

(45) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* n° 84, p. 147.

(46) H. Sinay, *opus cité,* p. 157. Dans le même sens A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail,* p. 142.

Au lendemain de la loi du 19 juillet 1928 qui érigeait le préavis d'usage au rang de pratique impérative, la Cour de cassation sans donner d'explication à sa solution déclarait qu'en raison de sa nature, le contrat à l'essai pouvait, à défaut de dispositions contraires, être dénoncé à tout moment sans préavis (47). Elle exigeait simplement que les intéressés aient clairement manifesté leur intention et « qu'il résultât des énonciations du contrat et des circonstances de la cause que dans l'intention des parties, la faculté de congédier l'employé pour incapacité avant la fin de la période d'essai ait été réservée à l'employeur » (48).

79. — Toutefois, cette création de la jurisprudence allait à l'encontre de l'article 23, § 3, selon lequel « toute clause d'un contrat individuel ou d'un règlement intérieur fixant un délai-congé inférieur » à celui de la loi... « est nulle de plein droit ». En effet, la suppression du préavis pendant la période d'essai heurterait cette disposition d'ordre public. Les commentateurs de l'époque éludaient la difficulté en expliquant que le contrat à l'essai était un contrat à durée déterminée et que dès lors l'article 23, § 3, relatif à la rupture des conventions à durée indéterminée était inapplicable (49). Mais alors, s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, la rupture de l'engagement avant le temps fixé ouvre droit à des dommages-intérêts au profit de celui à qui cette rupture est imposée. Cette objection n'arrêtait pas outre-mesure la doctrine qui déclarait alors que le contrat à l'essai ayant été consenti pour savoir si l'employé avait la capacité nécessaire, son congédiement faisait présumer que le grief de rupture était celui d'incapacité et que dès lors la rupture immédiate était justifiée.

80. — Nonobstant les critiques possibles, la Cour de cassation allait continuer dans cette voie, mais en invoquant dorénavant l'article 29 m du Livre I du Code du travail, introduit par la loi du 18 juillet 1937 portant statut de la profession des V.R.P. Selon cet article, « quand la rupture intervient au cours de la période d'essai, il ne sera dû aucune indemnité ». La Cour de cassation estimant que le législateur n'avait pas entendu placer les V.R.P. dans une situation plus défavorable que les autres salariés, étendit cette disposition à tous (50). Depuis la jurisprudence est constante : le contrat à l'essai peut en principe être rompu à tout moment et il n'est dû aucune indemnité (51). La rupture peut intervenir quelle que soit la période de temps écoulée, éven-

(47) Civ. 19 novembre 1929, D.H. 1930-21.

(48) Civ. 29 décembre 1932, G.P. 1933-I-401.

(49) Note sous Civ. 18 avril 1932, S. 1932-I-305.

(50) Soc. 5 janvier 1945, D. 1945-188, G.P. 1945-I-117, R.T.D.C. 1945-122 ; *Droit Social* 1946, p. 35, note CARBONNIER.

(51) Soc. 25 février 1954, *Droit Social* 1954-357 ; Soc. 18 janvier 1957, J.C.P. 1957-II-9887, note G.D. ; D. 1957-353, I.C.E. 1957-443 ; Soc. 19 mai 1960, Bull. 1960-IV, n° 520, p. 405 ; Paris 7 octobre 1960, D. 1961-452 ; Soc. 5 décembre 1963, J.C.P. 1964-IV-6 ; Soc. 25 octobre 1965, J.C.P. 1965-IV-150 ; Soc. 7 janvier 1966, Bull. IV, n° 29, p. 23 ; Soc. 9 février 1966, D. 1966, som. 120.

tuellement au bout de quelques jours (52), soit à la fin du délai (53).

Cette solution, bien que contraire à la lettre de l'article 23, § 3, se justifie essentiellement par le fait qu'elle correspond à l'intention des parties pour qui la liberté de décision pendant cette période prévaut sur la stabilité de l'emploi. Il va sans dire que si les parties ont entendu que l'essai se poursuivrait pendant un temps minimum, les parties ne peuvent pas rompre avant ce terme sous peine de dommages-intérêts (54). En effet, dans un tel cas, l'application du critère du contrat à durée déterminée découle de l'analyse de la volonté des parties : celles-ci entendent que le contrat à l'essai aille jusqu'au terme prévu, la rupture éventuelle des relations entre les parties ne pouvant intervenir avant cette échéance. Il s'agit ici d'une variété de contrat à durée minima. D'autre part, si les parties qui ont la possibilité de rompre sans préavis, consentent malgré tout à un délai de prévenance, la rupture ne pourra pas se faire immédiatement sous peine de condamnation à dommages-intérêts (55). Ici encore les parties ayant de leur propre chef institué un délai de prévenance, elles ne peuvent passer outre sans engager leur responsabilité contractuelle.

Mais, hormis ces cas spéciaux, dans lesquels les parties ont précisé ce qu'elles entendaient par période d'essai, dans tous les autres cas la caractéristique première d'une telle période est de conférer à chaque partie un droit de rompre à tout moment sans avoir à donner de préavis.

2. — *L'absence de contrôle des motifs de rupture.*

81. — La raison d'être de la période d'essai est de permettre aux parties de s'assurer que leur collaboration future peut être fructueuse (56). Si pour le salarié cette assurance peut se réduire au fait que le travail et l'environnement psychologique lui conviennent, on a coutume de dire que pour l'employeur l'essai est subordonné avant tout à la preuve des qualités professionnelles du salarié. Or le droit de direction de l'employeur s'applique à cette période du contrat de travail comme à toute autre. De ce fait, la jurisprudence, par une formule devenue de style déclare : « L'employeur est libre de savoir si l'employé a fait preuve des qualités nécessaires pendant la durée de l'épreuve à laquelle le salarié a consenti à se soumettre » (57).

Le contrôle judiciaire ne pouvant s'exercer sur les motifs qui ont conduit l'employeur à ne pas accepter de continuer le contrat avec le salarié, la seconde caractéristique fondamentale de l'en-

(52) Soc. 5 décembre 1963, précité.
(53) Soc. 9 décembre 1964, Bull. 1964-IV, n° 826, p. 681.
(54) Civ. 29 décembre 1932, G.P. 1933-I-401.
(55) Soc. 25 février 1954, précité ; Soc. 14 octobre 1964, Bull. IV, n° 667, p. 548 ; Soc. 9 décembre 1964, Bull. IV, n° 826, p. 681 ; Soc. 25 octobre 1965, Bull. 1965-IV, n° 698, p. 587.
(56) Paris 21e ch. 21 mars 1964, J.C.P. 1964-IV-89.
(57) Soc. 18 janvier 1957, précité ; Soc. 22 juillet 1970, J.C.P. 1970-IV-247.

gagement à l'essai est le caractère discrétionnaire de la rupture. La jurisprudence confirme d'ailleurs que cette caractéristique tend même à devenir la plus importante. Ainsi un arrêt, rendu en Audience Solennelle par la Cour d'appel de Chambéry, le 21 décembre 1964, indique : « Il est de l'essence dudit contrat de pouvoir prendre fin à tout moment à la volonté de l'une comme de l'autre des parties contractantes, non seulement sans préavis, mais encore sans que l'auteur de la rupture ait une raison quelconque à donner. Le contrat de louage de service à durée indéterminée pouvant prendre fin par une manifestation unilatérale de volonté, l'intérêt du contrat à l'essai est moins de dispenser les parties du préavis que de les dispenser de faire connaître les motifs de la rupture. » (58)

Il apparaît donc que pour la jurisprudence, les traits caractéristiques de la période d'essai sont pour les parties le droit de rompre les relations contractuelles à tout moment, sans avoir à faire connaître les motifs de cette rupture.

b) *Le faux problème de la nature juridique de la période d'essai.*

82. — Nous avons pu noter que légalement aucune définition n'avait été donnée de l'engagement à l'essai. Née essentiellement d'un besoin des parties de conserver pendant un temps relativement court une liberté totale, cette forme d'engagement a été réglementée par la jurisprudence. De ce fait, le contrat de travail à l'essai a souvent été étudié en fonction de la nature juridique à lui attribuer et celle-ci a été longtemps controversée. Deux conceptions opposées ont été distinguées. D'une part, on peut soutenir que l'engagement à l'essai est indépendant du contrat de travail lui-même, d'autre part, on peut, au contraire, estimer qu'il fait fondamentalement partie du contrat de travail. Il y a donc des thèses dualistes auxquelles s'opposent des thèses monistes.

83. — 1) *Les thèses dualistes* représentent les premières conceptions en date. On soutenait alors que le contrat à l'essai était un contrat préliminaire ou provisoire (59). L'objet particulier du contrat serait d'apprécier les qualités professionnelles du salarié qui, au cas où elles donneraient satisfaction, conduiraient à la conclusion d'un contrat de travail définitif.

Il semblait que l'administration du travail s'était inspirée de cette analyse (60). En effet, pour elle le contrat à l'essai était « un contrat à durée déterminée, suivi lorsque l'essai a été concluant d'un contrat de travail normal à durée indéterminée. Juridiquement il se forme deux contrats. »

Cette thèse dualiste pouvait paraître justifiée dans la mesure

(58) Chambéry, Aud. Solennelle 21 décembre 1964, J.C.P. 1965-IV-51.

(59) R. Demogue, *Les contrats provisoires*, Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, p. 159 et s.

(60) Circ. M.O. 2-46 du 8 janvier 1946 sur la réglementation de l'emploi.

où les règles de rupture applicables lors de la période « provisoire » ne sont pas les mêmes que celles qui sont appliquées au contrat de travail. Toutefois, la doctrine contemporaine dans sa quasi-totalité rejette cette analyse (61). Les différences décelées dans le régime juridique ne conduisent pas à la conclusion successive de deux contrats. Comme le fait remarquer Paul Durand : « Les modifications peu sensibles qui surviennent dans les relations du travail après la période d'essai ne rendent pas nécessaire la conclusion d'un contrat nouveau. En fait comme en droit les parties ne passent pas un nouveau contrat lors de l'agrément de l'essai. La prolongation des rapports contractuels se fait sur le fondement du contrat primitif ; et les conditions de validité de l'acte d'embauchage sont uniquement appréciées lors de la formation du contrat à l'essai. » (62)

On fit aussi remarquer (63) que l'Administration ne tirait pas les conclusions logiques de sa thèse. S'il y a deux contrats successifs, il faut deux autorisations d'embauchage, et l'Administration elle-même indiquait que « cette solution ne pouvait être retenue du point de vue pratique ».

D'autre part, la thèse selon laquelle le contrat à l'essai est un contrat à durée déterminée est insoutenable puisque l'analyse de la jurisprudence a montré que l'on peut rompre ce contrat à tout instant alors que le critère même du contrat à durée déterminée réside, nous l'avons vu, dans l'existence d'un terme intangible qui, seul, doit marquer la fin des relations contractuelles.

84. — La jurisprudence ancienne ne s'était pas prononcée sur le problème de la nature juridique de l'essai. Pourtant, un jugement, passé à peu près inaperçu de la doctrine, avait déjà une position très logique sur ce problème. On pouvait y relever l'analyse suivante : « Il convient de rechercher, de dire et de fixer la nature juridique du contrat, à savoir si le contrat était en préparation et conditionnel, ou au contraire s'il constituait un engagement parfait. Attendu que le contrat de travail est formé par l'accord des parties contractantes quant au travail à effectuer, sa durée et son salaire ; qu'il est admis par les usages les conventions et la jurisprudence que les premiers jours qui suivent la conclusion du contrat, employeurs et employés restent libres de rompre ce contrat sans avoir aucun délai à observer ni aucune indemnité de rupture à payer pendant la période dite d'essai. Attendu que cette période n'est pas une condition de validité du contrat, mais au contraire une confirmation de sa validité, puisque permettant à l'un et à l'autre des contractants de le rompre, mais sans indemnité de préavis, et sans influence

(61) P. Durand, t. II, n° 161, p. 287 ; Brun et Galland, *opus cité*, t. II, p. 99 ; Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 81, p. 142 ; H. Sinay, *opus cité*, p. 160 ; A. Brun, *opus cité*, p. 145.

(62) P. Durand, *opus cité*, p. 287 *in fine*.

(63) P. Durand, *eod. loc.* ; Camerlynck, *opus cité*, p. 142.

sur les autres conditions du contrat. » (64)

Sans nous arrêter à l'attendu selon lequel l'essai serait une confirmation de la validité du contrat et qui semble conduire à un contresens, nous devons relever essentiellement que la thèse dualiste est nettement condamnée par ce jugement qui conteste le caractère de contrat préliminaire auquel pourtant un arrêt relativement récent fait encore référence (65).

85. — Bien que les arguments avancés par la doctrine contre la thèse dualiste soient d'un très grand poids, un auteur au moins la retient encore (66). Il critique les arguments des thèses monistes fondées sur une période conditionnelle et, de plus, il critique la théorie du contrat provisoire : « Il n'est pas plus provisoire qu'un contrat normal qui ne durerait en fait que quelques heures ou quelques jours. Ce qui est provisoire, ce n'est pas le contrat, mais la situation des parties qui peut prendre fin à tout moment. En réalité, on se trouve en présence d'un contrat définitif dont l'objet est particulier. »

Pour cet auteur, le contrat à l'essai serait un contrat « sui generis » différent du contrat de travail par son objet : l'épreuve des qualités professionnelles du travailleur. Cette thèse est satisfaisante dans la mesure où elle nie le caractère provisoire du contrat. En effet, nous pensons comme cet auteur que si la situation des parties est précaire pendant cet engagement à l'essai, il n'en reste pas moins que le contrat est conclu fermement dès l'origine. Mais cet auteur n'a pas pu renverser les objections faites à la théorie dualiste par Durand : l'essentiel étant déclenché dès l'origine, on ne peut décomposer l'opération en deux contrats distincts.

86. — 2) *Les thèses monistes* s'appuient tout d'abord sur des éléments de pur fait et de logique. Mais les arguments juridiques destinés à faire entrer l'engagement à l'essai dans le cadre d'une thèse classique de droit civil se sont révélés assez faibles à l'analyse.

Ces différentes thèses partent toutes des mêmes constatations. En premier lieu, on fait remarquer que la thèse dualiste est fausse car l'essentiel du contrat de travail est contenu dans l'engagement à l'essai. Les relations de travail se nouent immédiatement. Les obligations essentielles du contrat de travail sont nées : obligation de fournir du travail de la part du salarié, obligation de verser un salaire pour l'employeur. De plus, la réglementation du travail doit être respectée durant cette période : le salarié a droit au S.M.I.G., il a droit aux congés payés, etc. Le salarié à l'essai est, d'autre part, obligatoirement assujetti à la Sécurité Sociale. Le régime d'exécution de l'enga-

(64) T. civ. Seine 21 juin 1934, D.H. 1934-484.
(65) Soc. 19 juin 1959, Bull. 1959-IV, n° 833, p. 666.
(66) P.F. Gonidec, « *L'engagement à l'essai dans la métropole et dans les territoires d'outre-mer* », D. 1958, chr. p. 35.

gement à l'essai est identique à celui du contrat de travail, seules les règles afférentes à la rupture en diffèrent.

En second lieu, il n'est pas dans la volonté des parties de conclure deux contrats successifs. Il est bien certain que cet essai a pour objet particulier de jauger les possibilités offertes par les contractants ; mais dans l'esprit de ceux-ci il ne s'agit que d'une période initiale, limitée dans le temps, et qui fait intégralement partie du contrat de travail. D'ailleurs, il suffit de se référer aux textes des conventions collectives pour s'en rendre compte. On n'y parle non de contrat à l'essai mais de « période d'essai », et on prend souvent soin de distinguer cette période d'essai de l'épreuve d'essai (67) qui, elle, ne constitue pas un engagement ferme. L'examen de ces conventions collectives permet d'affirmer que le droit conventionnel comme la pratique admettent que les parties concluent un contrat unique comportant une première période dite « d'essai ». Partant de ces constatations de fait, la doctrine essaie alors de faire rentrer cette période dans le moule rigide d'une théorie classique. C'est ainsi que, pour expliquer les mécanismes de rupture particuliers, on a fait appel à la notion de condition. Dans une première phase le contrat de travail serait conclu sous condition.

87. — La première théorie à laquelle il a été fait appel repose sur la notion de condition suspensive (68). Le contrat serait passé sous condition de satisfaction de part et d'autre. En faveur d'une telle thèse on invoque l'article 1588 C. civ. selon lequel « la vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive ».

Mais de graves objections ont été soulevées à l'encontre de cette théorie qui tendait à esquisser une théorie générale des contrats à l'essai. Tout d'abord une objection de caractère moral : il est « choquant de concevoir l'essai d'une personne de la même manière que l'essai d'un objet » (69). Il paraît nettement critiquable de vouloir sonder les qualités de la personnalité de la même manière que l'on apprécie les qualités utilitaires d'une chose. On ne peut rabaisser l'homme à l'état de chose, de marchandise. Mais, si l'objection morale est forte, l'objection juridique est insurmontable. La condition suspensive a pour effet principal d'empêcher la naissance des obligations jusqu'à l'arrivée de cette condition. Dès lors, ce qui est concevable pour un contrat instantané ne l'est plus pour un contrat à exécution successive. Dans le cas où l'essai est satisfaisant, on pourrait expliquer les relations de travail pendant la période d'essai par la notion de rétroactivité de la condition. Mais lorsque l'essai n'est pas concluant on ne pourrait plus fonder les relations

(67) Le premier auteur à avoir relevé ce terme dans les conventions collectives est Mme H. Sinay dans son étude précitée au *Droit Social* 1963, p. 150. Cette observation a été confirmée dans l'étude « La période d'essai », par J. Ribettes-Tillhet et J.L. Wibaut, *Droit Social* 1968, p. 299.

68) Cette théorie a vu le jour à l'étranger notamment en Italie. Les auteurs l'ayant développée sont cités par Durand, t. II, p. 288, note 2.

(69) H. Sinay, chr. précitée, p. 160.

sur le contrat de travail puisqu'il est censé n'avoir jamais existé. Pourtant des prestations ont été effectuées et le retour au « statu quo ante » est impossible.

88. — Devant de telles objections, la doctrine se tourna alors vers la condition résolutoire (70). Le contrat à l'essai développerait ses entiers effets mais serait exposé pendant un certain temps à la menace de l'insatisfaction des parties qui jouerait comme condition résolutoire. Dans le cas où l'essai serait probant, la condition résolutoire ferait défaut et le contrat ne serait plus exposé à cette menace de dissolution. Dans le cas contraire, le contrat serait résilié sans rétroactivité en raison du caractère successif du contrat. Cette thèse a paru longtemps être la meilleure analyse et a même été consacrée par la jurisprudence (71). Pourtant, elle ne résiste pas non plus à un examen attentif.

On fait tout d'abord remarquer que la théorie de la clause résolutoire n'explique pas tous les caractères que peut revêtir la période d'essai (72). Ainsi il se peut que la période d'essai soit incluse dans un contrat à durée déterminée. Or, pendant la période d'essai, le contrat peut être résilié par chacune des parties à tout moment. Il paraît alors difficile de dire que tout le contrat est à durée déterminée et notamment pendant la période d'essai. Durant cette période, il présente incontestablement tous les caractères d'un contrat à durée indéterminée. La théorie de la condition résolutoire n'explique pas du tout ce phénomène, car selon elle, le contrat conserverait sa nature de bout en bout, ce qui est contraire à la réalité.

Un autre auteur se demande d'ailleurs si le recours au mécanisme de la condition résolutoire est bien exact et d'une utilité quelconque. Il ne s'agit pas, en premier lieu, d'une simple modalité venant affecter une obligation par ailleurs parfaite, mais de la détermination de celle-ci (73). D'autre part, l'utilité de la condition réside pour l'essentiel dans ses effets dont le principal est la rétroactivité (74). Or, du fait du caractère successif du contrat de travail, cet effet serait réduit à néant, la réalisation de la condition jouant simplement comme cause de résiliation.

89. — Enfin, et nous touchons là à l'essentiel, les auteurs ont fait remarquer que l'on avait fait appel à la condition résolutoire pour expliquer la liberté de rupture qui se manifeste en réalité sous la forme d'une manifestation de volonté unilatérale (75). Il n'y aurait donc aucune différence de nature entre la période d'essai initiale et la période suivante où, selon l'expression d'un auteur, le contrat « se conforte ». Et cet auteur poursuit : « Il

(70) Durand, *opus cité*, p. 289 ; Brun et Galland, II, p. 99.
(71) Soc. 28 avril 1955, Bull. 1955-IV, p. 258, J.C.P. 1957-II-9725, note G.B.
(72) P.F. Gonidec, chr. précitée, p. 39 et s.
(73) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, p. 144.
(74) J. du Garreau de la Méchenie, Encycl. Dalloz, « *La condition* », n° 2, t. I, p. 933.
(75) H. Sinay, précité ; G.H. Camerlynck, *opus cité*.

n'y a pas deux contrats successifs mais un contrat unique qui, progressivement se consolide » (76). Et cette analyse rejoint le point de vue que nous avons déjà émis, selon lequel un contrat de travail est souvent composé de plusieurs périodes au cours desquelles des règles de rupture différentes sont susceptibles de s'appliquer (77). Au sujet de la période d'essai, un auteur avait d'ailleurs vu la difficulté sans pour cela lui donner une solution. Il observait que le contrat à l'essai ne rentre parfaitement ni dans la catégorie des contrats à durée indéterminée, ni dans celle des contrats à durée déterminée. « Ce n'est pas un contrat à durée indéterminée pouvant être résilié par chacune des parties à son gré puisque le salarié est engagé à l'essai pour un certain temps. Mais il ne s'ensuit pas a contrario que c'est un contrat à durée déterminée qui doit produire effet pendant tout le temps convenu... car si l'employeur a pris le salarié à l'essai, c'est, semble-t-il, parce qu'il veut se réserver la faculté de le juger et de le congédier dès qu'il sera convaincu que cet employé ne lui rendra pas les services espérés, sans attendre la fin du délai » (78)..

90. — Le problème est effectivement délicat et c'est pourquoi il faut, à notre avis, se tourner à nouveau vers la volonté des parties. Que la période d'essai soit « la phase première d'un contrat de travail unitaire et non conditionnel » nous semble aujourd'hui acquis, mais les règles applicables à la rupture du contrat pendant cette période peuvent être différentes suivant ce que les parties ont voulu.

Ainsi, si les contractants ont entendu que cette période serait limitée dans le temps et qu'elles ne pourraient pas rompre les relations contractuelles avant la fin de cet essai, les règles applicables sont celles des contrats temporaires. La jurisprudence ancienne ne s'y était pas trompée, comme en témoigne un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 25 janvier 1926 (79). En l'espèce, un salarié avait été engagé à l'essai et l'employeur ne pouvait rompre le contrat que s'il était mécontent des services du salarié. Ayant rompu le contrat pour permettre la réintégration d'un autre employé, l'employeur a été condamné à des dommages-intérêts pour rupture du contrat à durée déterminée pour un motif autre que celui qui était prévu. Cette solution était conforme à la volonté des parties pour lesquelles la rupture ne pouvait intervenir qu'à la suite du mécontentement de l'employeur en raison des services effectués pendant la période d'essai, et non à son gré pour tout autre motif. La jurisprudence exigeait même, en ce temps-là, qu'une clause du contrat précisât de façon formelle que la faculté de résiliation unilatérale à tout moment pour incapacité était réservée à l'employeur, sous peine

(76) H. Sinay, précité, p. 161.
(77) *Supra*, n° 75.
(78) G. Brethe de la Gressaye, Encyclopédie Dalloz, *Contrat de travail*, n° 79.
(79) Civ. 26 janvier 1926, S. 1926-I-84.

de condamnation à dommages-intérêts pour rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée (80). D'ailleurs, la doctrine ancienne considérait le contrat à l'essai comme un contrat à durée déterminée qui ne pouvait être rompu que pour les motifs prévus dès l'origine, et notamment pour incapacité du salarié (81).

91. — Aujourd'hui, la situation a sensiblement évolué. Les contrats comportant une période d'essai avec précision des événements entraînant la rupture et impossibilité de rompre pour un autre motif avant la fin de la période sont toujours logiquement considérés comme des contrats à durée déterminée (82). En effet, ils comportent un terme précis, sur lequel la volonté des parties est sans influence. Un contrat assorti d'une telle période est à classer dans la catégorie des contrats à durée minima (83). Mais, par contre, de nos jours, les parties se contentent souvent de prévoir que le contrat débute par une période d'essai limitée de façon précise dans le temps mais sans aucune autre indication. Ce ne peut être un contrat à durée déterminée car, d'une part, la date limite ne joue pas en tant que terme extinctif, puisque le contrat peut être rompu à tout moment et, d'autre part, si une cause de suspension vient à se produire, la date limite est repoussée du temps qu'aura duré cette suspension (84). Or, dans un contrat à durée déterminée, le terme extinctif produit son effet même si le contrat est suspendu au moment où il intervient (85). Donc, la fixation d'une date n'a pour effet que de limiter dans le temps la période pendant laquelle peut jouer la possibilité de rompre le contrat, sans aucune des restrictions imposées pour la rupture du contrat à durée indéterminée, mais elle n'engage pas les parties dans les liens d'un contrat à durée déterminée.

92 — C'est cette période d'essai, sans autre précision, que nous avons analysée et qui se caractérise, nous l'avons vu, par deux traits fondamentaux : la liberté de rupture à tout moment et l'absence de contrôle des motifs de résiliation. Or, lors de l'analyse des critères de distinction, nous avions remarqué que pour que les règles des contrats à durée indéterminée s'appliquent lors de la rupture en cours de contrat, il faut que celle-ci soit la conséquence d'une faculté discrétionnaire de résiliation (86). Les caractéristiques essentielles sont donc identiques. *La période d'essai, telle qu'on l'entend à l'heure actuelle, est une période du contrat de travail de durée limitée, pendant laquelle s'applique le caractère fondamental du contrat à durée indéterminée, à savoir le droit discrétionnaire de résiliation unilatérale* (87). La seule diffé-

(80) Civ. 29 décembre 1932, G.P. 1933-I-401.

(81) Note sous Civ. 25 janvier 1926 précité. *Adde* : Ch. Picquenard, *Code de travail annoté*, S. Paris 1939, p. 27.

(82) Soc. 4 novembre 1965, D. 1966-140, Bull. 1965-IV, n° 731, p. 617.

(83) *Supra*, n° 62 et s.

(84) Soc. 3 octobre 1957, Bull. 1957-IV, n° 907, p. 644.

(85) Soc. 15 juin 1960, Bull. 1960-IV, n° 628, p. 489.

(86) *Supra*, chapitre I, n° 42 et s.

(87) Il faut toutefois remarquer qu'une telle période ne peut se concevoir qu'au début du contrat. Un problème particulier peut surgir si l'essai inter-

rence, d'ailleurs de taille, et qui a conduit la doctrine à faire une distinction, à notre avis inutile, c'est que pendant cette période ce droit s'exerce à « l'état pur », sans aucune des restrictions qui entourent normalement la rupture des conventions à durée indéterminée.

Le droit de résiliation unilatérale existe à l'état pur lors de la période d'essai, mais il n'est pas différent par *nature* de celui qui existe dans le contrat à durée indéterminée. Cela tient au fait que pendant cette période la liberté des parties doit primer l'impératif de stabilité de l'emploi qui est à l'origine des restrictions apportées à l'exercice discrétionnaire du droit de résiliation unilatérale dans la période postérieure. Le caractère personnel des relations de travail explique cette importante dérogation. Lors de la conclusion du contrat, il manque aux contractants un élément fondamental, à savoir la connaissance des qualités personnelles du cocontractant. Dans les qualités professionnelles du salarié sont comprises les qualités humaines dont la considération est éminemment subjective et ne peut faire l'objet d'aucun contrôle juridictionnel. Mais l'objet de la période d'essai se limite à l'appréciation de ces qualités professionnelles et en dehors de celui-ci les particularités relatives à la rupture ne devraient pas pouvoir s'appliquer.

93. — La conséquence essentielle d'une telle analyse réside dans *l'application des règles du droit commun du contrat à la période d'essai.* S'il est incontestable que la rupture pendant cette période peut intervenir sans que l'auteur de la rupture ait à en donner les motifs, il n'en reste pas moins qu'au cas où le salarié prouverait que le mobile de la rupture est étranger à l'appréciation des qualités professionnelles et porte atteinte à des droits fondamentaux, le juge doit pouvoir condamner l'employeur à des dommages-intérêts (88). La doctrine est d'ailleurs de plus en plus consciente de cette nécessité (89). Ainsi un auteur a pu écrire que « il serait souhaitable de voir la jurisprudence appliquer les principes régissant les contrats de travail à durée indéterminée et non pas les règles du contrat à l'essai lorsque la rupture d'un tel contrat intervient pour tout autre motif que les résultats de l'épreuve ». Pour cet auteur, la rupture pour dissentiment d'ordre

vient pendant un contrat ferme. Supposons un salarié engagé comme manœuvre et qui donne satisfaction. L'employeur, après l'avoir utilisé conformément à sa qualification, lui propose un essai de conducteur d'engin, poste de qualification plus élevée. L'essai se révélant insatisfaisant, l'employeur est tenu de réintégrer ce salarié dans son ancien poste et s'il ne le fait pas, la rupture lui sera imputable et sera assortie des garanties de ruptures inhérentes au contrat à durée indéterminée. Il ne saurait dégager sa responsabilité en invoquant que le salarié était engagé à l'essai et que le fait d'avoir accepté le principe de l'essai impliquait la rupture par consentement mutuel du contrat (Soc. 11 décembre 1968, J.C.P. 1969-IV-26).

(88) T. Paix Petit-Quevilly 3 septembre 1952, G.P. 1952-2-278.

(89) Durand et Vitu, t. II, n° 166, p. 297 ; J. Carbonnier, note au Droit Social 1946, p. 35 et s. ; H. Sinay, précitée, p. 158 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 84, p. 149.

politique, par exemple, serait une « sorte de détournement de pouvoir par le chef d'entreprise » (90).

D'un autre côté, la période d'essai étant partie intégrante du contrat de travail, l'inexécution de ses obligations par l'une des parties doit permettre à l'autre partie d'obtenir la résiliation du contrat avec condamnation à dommages-intérêts par application de l'article 1184 du Code civil. La jurisprudence actuelle est d'ailleurs dans ce sens : « Dès lors que le contrat n'est pas rompu par la volonté des parties en suite d'un essai infructueux, mais résilié en conséquence de l'inexécution par l'employeur des obligations dont il est tenu, *même pendant la période d'essai,* et qui sont destinées à mettre le travailleur en mesure d'accomplir sa tâche, le juge est fondé à prononcer la résiliation aux torts et griefs du patron » (91).

Il résulte donc de ce qui précède qu'en dehors du but particulier poursuivi, les règles spéciales à la période d'essai concernant le droit de résiliation unilatérale perdent leur force. Lorsque l'obligation violée est celle du contrat de travail normal, les règles du droit commun doivent s'appliquer.

La période d'essai écoulée, les qualités professionnelles du salarié ayant été jaugées, le contrat de travail entre dans une nouvelle période pendant laquelle, suivant la volonté des contractants, les règles de rupture seront celles de la catégorie de contrat choisie. Le passage de la période d'essai à cette nouvelle période se fait de façon automatique à l'expiration de l'essai et l'employeur ne saurait se prévaloir d'une prorogation de la période d'essai sans avoir obtenu au préalable l'assentiment du salarié (92).

94. — Nous pensons avoir montré à l'évidence que le problème de la nature juridique de la période d'essai est un faux problème. Cette période est partie intégrante du contrat de travail et la liberté de rupture qui la caractérise découle de la volonté des parties qui fait passer la liberté d'action avant l'impératif de stabilité de l'emploi. Cette stabilité d'emploi n'est prise en considération que lorsque les parties sont certaines que leurs relations peuvent s'avérer fructueuses — c'est-à-dire essentiellement lorsque le danger de rupture dû au caractère personnel du contrat a été largement atténué par le recours à cette période probatoire. Mais ce recours de plus en plus fréquent à la période d'essai est révélateur de la tendance de l'employeur à sauvegarder son pouvoir de décision et à éviter au maximum l'application des règles de rupture du contrat à durée indéterminée. Or cette

(90) D. Autie, *La rupture abusive du contrat de travail,* Thèse Paris. Dalloz 1955, p. 44 et s., n° 41.

(91) Soc. 21 octobre 1964, J.C.P. 1964-IV-149, D. 1965 som. 48 ; Bull. 1964-IV, n° 686, p. 564. Dans le même sens Appel Aix 20 mars 1968, D. 1968-369 et la note. Soc. 12 mars 1970, Bull. V, n° 189, p. 148 ; J.C.P. 1970-II-16548, note Groutel, D. 1970-350.

(92) Poitiers 22 novembre 1967, D. 1968 som. 32, J.C.P. 1968-IV-71. *Droit Ouvrier* 1968, p. 179. Rappr. Soc. 9 décembre 1964, D. 1965 som. 72. Voir *infra* pour le renouvellement de la période d'essai, n° 130.

volonté de se soustraire à l'application du statut protecteur du salarié se manifeste également dans le développement récent des entreprises de travail temporaire. Cette nouvelle forme de relations de travail pose à nouveau le problème de savoir si la durée du contrat qui lie le salarié à ces entreprises est déterminée ou indéterminée.

§ 4. — *Le contrat de travail intérimaire.*

95. — L'apparition relativement récente des entreprises de travail temporaire — « phénomène déroutant qui met mal à l'aise le juriste et le sociologue » — pose des problèmes que les juristes ne peuvent ignorer (93). Et l'un de ces problèmes concerne la qualification du contrat de travail intérimaire (94). Or la solution en est d'autant plus difficile que la question préalable de la détermination de l'employeur est loin d'être résolue (95). De ce

(93) Le travail temporaire, in *Hommes et Techniques*, août-septembre 1967, p. 747 ; La prestation de travail temporaire, in *Hommes et Techniques*, août-septembre 1965, p. 776 ; N. Catala-Franjou, « Le travail temporaire en France : problèmes juridiques », *Droit Social* 1969, p. 233 et s. ; P. Bizière, « Balayeurs et secrétaires intermittents », I.C.E. 1965, p. 791. Un colloque international s'est tenu récemment à Bruxelles dont le rapporteur français était Mme H. Sinay. Malheureusement ces travaux n'ont pas encore été édités en France ; voir toutefois *Liaisons Sociales*, n° 61-69 du 13 juin 1969, Documents.

(94) N. Catala-Franjou, *opus cité*, p. 236 et s.

(95) La situation juridique des travailleurs temporaires est ambiguë du fait de la dualité des liens qu'elle présente : ils sont, d'une part, en rapport avec l'entreprise de travail temporaire et, d'autre part, avec l'entreprise qui utilise leurs services. Quel est l'employeur ? La doctrine dominante semble considérer que le travailleur est le salarié de l'entreprise de travail temporaire (E.T.T.). L'E.T.T. recruterait le personnel dont elle serait l'employeur et le mettrait à la disposition d'autres employeurs. Les arguments en faveur de cette thèse sont divers : c'est l'E.T.T. qui recrute les salariés, c'est elle qui les rémunère, qui supporte les charges sociales. Elle seule serait tenue des obligations patronales. Mais les objections sont sérieuses. Elles sont d'ordre pratique et théorique. D'une part, il n'est pas satisfaisant de considérer que les cotisations patronales pour les accidents de travail soient calculées comme si les victimes étaient effectivement au service de l'E.T.T. En effet, l'accident est lié aux conditions de travail dans l'entreprise utilisatrice. De plus, en cas de défaillance de l'E.T.T., le travailleur n'aurait aucun recours contre l'entreprise utilisatrice. D'autre part, quand le travailleur temporaire n'est pas en mission, que devient le contrat de travail ? On peut songer à la théorie de la suspension du contrat. Mais alors le travailleur serait tenu d'accepter les missions proposées. Or on reconnaît au travailleur toute latitude de refuser. Cette possibilité de refus cadre mal avec le lien de subordination qui est la caractéristique de tout contrat de travail. Les objections sont sérieuses et nous préférons voir dans l'entreprise utilisatrice le véritable employeur. C'est le chef de l'entreprise utilisatrice qui a sur le travailleur temporaire les pouvoirs de direction et de contrôle. On peut objecter à ceci que l'E.T.T. délègue ses pouvoirs et que ce n'est pas l'entreprise utilisatrice qui verse au travailleur son salaire et qui s'acquitte des charges sociales. Cette objection est facilement réfutée si l'on a recours à la théorie du mandat. L'entreprise utilisatrice donne mandat à l'E.T.T. de recruter du personnel temporaire et de se charger des problèmes de gestion concernant ce personnel. L'entreprise utilisatrice paie une somme horaire forfaitaire comprenant le salaire du travailleur temporaire, les charges sociales et la rémunération du mandat (salaire moyen d'une

fait, il nous paraît utile d'envisager les deux hypothèses, c'est-à-dire, d'une part, le cas où l'employeur des salariés temporaires serait le chef de l'entreprise utilisatrice et, d'autre part, le cas où l'employeur serait le chef de l'entreprise de travail temporaire.

a) *L'employeur est le chef de l'entreprise utilisatrice.*

96. — Dans ce cas la solution est relativement simple et dépendra de la tâche confiée au travailleur. Elle est liée à la précision du terme certain ou incertain qui affecte le contrat de travail intérimaire. Si le travailleur intérimaire est embauché pour la durée des congés ou de la maladie d'un salarié permanent de l'entreprise, un terme précis est fixé d'emblée à la collaboration de ce travailleur. Ce terme sera marqué par le retour du salarié absent. L'employeur ne pouvant agir de sa propre volonté sur la réalisation de l'événement marquant la fin des relations contractuelles, on admettra que le contrat passé est à durée déterminée.

Par contre, dès que la volonté de l'employeur intervient dans la réalisation du terme, le contrat devra être qualifié de contrat à durée indéterminée. Ce sera, par exemple, le cas du travailleur embauché jusqu'à ce que l'employeur ait recruté un salarié permanent, ou du travailleur engagé pour pallier une période de surcroît d'activité. Dans ces deux cas, c'est l'employeur et lui seul qui intervient dans la réalisation du terme. Il est seul à juger des aptitudes du salarié permanent qu'il engage, de même que du moment où, le surcroît d'activité cessant, il peut se séparer du travailleur temporaire. Dans ces hypothèses, il rompt par une manifestation de volonté unilatérale.

Ainsi, si nous admettons la thèse selon laquelle c'est le chef de l'entreprise utilisatrice qui est l'employeur, la solution du problème est commandée par les principes que nous avons dégagés concernant la précision du terme.

b) *L'employeur est le chef de l'entreprise de travail temporaire.*

97. — Dans cette hypothèse, il nous faut faire une distinction selon que le travailleur intérimaire est tenu ou non d'accepter les missions qui lui sont proposées.

dactylo intérimaire 6 F, coût pour l'entreprise utilisatrice 12 F, cf. N. Catala-Franjou, *opus cité*, p. 241). L'entreprise utilisatrice trouverait son avantage dans le fait qu'elle bénéficie de la fourniture de salariés immédiatement utilisables et rentables. Mais une telle thèse revient à considérer l'E.T.T. comme un organisme de placement privé, en quelque sorte un courtier en main-d'œuvre. Or une ordonnance du 24 mai 1945 interdit le placement privé. Il y a très peu de jurisprudence sur ce point. Toutefois, un arrêt de la chambre criminelle du 29 avril 1964 (J.C.P. 1965-II-14127) a condamné un fournisseur de personnel intérimaire qui déclarait agir à titre de mandataire. Cette thèse étant condamnée par la jurisprudence et le travail intérimaire présentant de multiples avantages économiques, il faut chercher dans cet état de choses la préférence donnée par la doctrine à la première thèse, bien que celle-ci soit loin d'être satisfaisante sur le plan de la logique.

1° - Si le salarié est tenu d'accepter les missions qui lui sont proposées, le lien de subordination subsiste même pendant les périodes au cours desquelles il ne travaille pas. Le contrat doit dès lors être considéré comme un contrat à durée indéterminée qui ne peut être rompu que par une manifestation de volonté de l'employeur. Entre les missions, l'employeur sera tenu de verser au salarié une indemnité d'attente dont le taux ne devrait pas être inférieur au S.M.I.G. (96). Une telle hypothèse est très favorable au salarié dont la situation est très proche des salariés permanents. Mais il faut noter que la grande majorité des contrats passés par les entreprises de travail temporaire avec les salariés contiennent une clause selon laquelle le salarié est en droit de refuser la mission qu'on lui propose.

2° - Lorsque le salarié peut refuser la mission qui ne lui convient pas, le problème se résoudra en fonction des principes que nous avons dégagés pour le contrat à durée déterminée Chaque mission, par hypothèse, comporte un terme, mais le plus souvent ce terme sera incertain. Si le terme est certain, le contrat sera à durée déterminée, car non seulement le salarié est conscient du caractère temporaire de son travail, mais de plus il en connaîtra la date d'achèvement avec précision. Lorsque le terme est incertain, le salarié est encore conscient du caractère limité de sa collaboration mais, cette fois, la date d'achèvement du travail ne lui est pas connue. Toutefois, le contrat doit être encore considéré comme un contrat à durée déterminée. En effet, il faut mettre l'accent sur le fait que l'employeur est le chef d'entreprise de travail temporaire et qu'il ne pourra pas intervenir sur la date d'achèvement du travail, sur laquelle seul le chef de l'entreprise utilisatrice a un pouvoir. C'est donc un événement extérieur à la volonté de l'employeur qui marquera la fin du contrat. De plus, il ne faut pas négliger le fait que la grande majorité des travailleurs temporaires le sont par goût. Ils font passer leur liberté avant la sécurité de l'emploi et, de ce fait, ils négligent les garanties accordées dans le cadre du contrat à durée indéterminée. Toutefois, il existe des travailleurs temporaires par nécessité et on doit tenir compte des intérêts de cette fraction. Il arrive que ces travailleurs s'adressent à la justice pour obtenir les garanties du contrat à durée indéterminée.

Le cas a au moins été jugé une fois (97). Il s'agissait d'une secrétaire intérimaire qui, se fondant sur le fait qu'elle avait accompli plusieurs missions successives, réclamait une indemnité de préavis. Sans recourir expressément à la qualification, les juges du fond la lui accordent, admettant implicitement qu'elle était liée par un contrat à durée indéterminée du fait de la continuité des services. Cette solution peut surprendre, mais elle est révélatrice de la tendance des tribunaux à appliquer le plus

(96) Le projet gouvernemental concernant le statut du travailleur intérimaire prévoit que cette indemnité serait fixée par décret et soumise au versement des cotisations de Sécurité sociale, cf. N. Catala-Franjou, *opus cité*, p. 238.

(97) Paris 25 juin 1964, *Droit Ouvrier* 1964, p. 375.

possible les règles inhérentes à la rupture du contrat à durée indéterminée. Si cela n'a pas été sans hésitations ni contradictions, la démarche du juge est restée logique, ainsi que nous allons pouvoir le constater à nouveau dans le domaine de la reconduction du contrat.

Section II. — La reconduction du contrat

98. — Le contrat de travail à durée déterminée cesse en principe de plein droit dès que survient l'événement prévu comme devant y mettre fin (98). L'expiration du délai entraîne la disparition des obligations réciproques des parties sans qu'aucune déclaration de volonté, aucun acte juridique particulier n'ait à intervenir. Dès sa conclusion, cette convention porte en elle la cause même de sa dissolution et elle s'éteindra forcément, automatiquement à l'échéance prévue par les parties.

En théorie, si les parties concluent un contrat à durée déterminée, c'est parce qu'elles ne veulent être liées que de façon temporaire et qu'elles désirent reprendre leur liberté au terme prévu. Cette affirmation serait valable si le contrat mettait en présence deux volontés libres et égales. Mais dans la grande majorité des cas, le salarié adhère aux propositions de l'employeur sans avoir, sauf pour certains échelons élevés de la hiérarchie, la possibilité de discuter les modalités de son engagement. Le contrat de travail est un contrat d'adhésion et c'est l'employeur qui impose les clauses relatives à la durée de la convention.

Aussi, ce dernier, dans le but d'éviter les conséquences onéreuses de la rupture d'un contrat à durée indéterminée, préférera-t-il se tourner vers le contrat à durée déterminée de courte durée, quitte à envisager sa reconduction si les services du salarié lui donnent satisfaction. Ainsi il conserve une relative liberté de décision, tout en échappant aux garanties du contrat à durée indéterminée.

Pour que la convention initiale puisse être reconduite, un acte positif est nécessaire, acte consistant soit en la conclusion d'un nouveau contrat, soit en l'insertion d'une clause envisageant la poursuite des relations contractuelles au-delà du terme.

Or, cette nécessité d'un acte positif se heurte parfois à l'inertie des parties qui négligent d'accomplir un acte qui n'est pas immédiatement requis. Ainsi il peut se produire que la convention de courte durée arrive à terme sans que rien n'ait été fait pour son renouvellement et alors que les parties sont toujours décidées à poursuivre leurs relations. Que se passe-t-il alors, si les parties continuent à respecter les obligations du contrat éteint ? Quelles vont être la nature et la durée de la nouvelle convention dans cette hypothèse de reconduction de fait ? C'est ce que nous devons envisager en premier lieu.

(98) Civ. 18 février 1907, D.P. 1908-I-168.

Mais, dans la grande majorité des cas, le renouvellement de la convention initiale est prévu. L'employeur y inclut une clause précisant les conditions de continuation des relations après l'arrivée du « terme ». Il est ainsi précisé, soit que la prolongation sera à chaque fois astreinte à une manifestation expresse de la volonté des parties, soit qu'elle résultera de façon tacite de la continuation de l'exécution des obligations. Dans ce dernier cas, la clause pourra fixer ou non la durée de la prolongation et pourra aussi, s'il en est prévu plusieurs, en limiter ou non le nombre. Il y a ainsi de nombreuses possibilités offertes à l'employeur et, de ce fait, ces clauses de reconduction ont suscité de nombreux litiges. Le salarié à qui est refusé le renouvellement de son contrat porte l'affaire devant le juge en soutenant que la situation dans laquelle il se trouvait par suite des reconductions intervenues s'analyse en un contrat à durée indéterminée, l'employeur soutenant le contraire. La multiplicité des combinaisons possibles va singulièrement compliquer la tâche du juge. En théorie, le problème qui lui est posé est toujours le même : découvrir ce que les parties ont voulu lors de la conclusion du contrat. Peut-il toujours appliquer les principes que nous avons dégagés ? Les solutions varient-elles suivant que la poursuite des relations contractuelles est tacite ou, au contraire, expressément prévue ? C'est ce que nous devons maintenant déterminer, en envisageant successivement la reconduction de fait et la reconduction expresse.

§ 1. — *La reconduction de fait.*

99. — Nous entendons par reconduction de fait, l'hypothèse dans laquelle les parties au contrat, lors de l'arrivée du terme qui met normalement fin à la convention, laissent les choses en l'état et continuent à exécuter réciproquement leurs obligations. On présume alors qu'elles ont l'intention de reconduire le contrat et que tacitement, elles manifestent leur volonté qu'il en soit ainsi.

Ce procédé a été qualifié de tacite reconduction et a été défini comme « la création d'un nouveau contrat à l'expiration du précédent en raison de la prolongation de l'état de fait qui résultait de celui-ci entre les parties » (99). L'effet essentiel de cette tacite reconduction serait donc de maintenir le rapport contractuel par la création d'une nouvelle convention. Il faut toutefois remarquer que, strictement entendue, la tacite reconduction ne devrait jouer qu'en matière de bail. En effet, c'est l'article 1738 du Code civil qui dispose : « Si à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'article relatif aux locations faites sans écrit ».

(99) J. Radouant, Encyclopédie Dalloz, *Droit civil*, V° Tacite reconduction, n° 4.

Prévue donc à l'origine en faveur du bail, la tacite reconduction est devenue « une institution générale du droit contractuel » (100). En effet, le législateur l'a expressément prévue en matière d'assurances dans l'article 5, alinéa 4, de la loi du 13 juillet 1930 et la jurisprudence en fait une fréquente application au contrat de travail à durée déterminée. Mais alors, dans quelle catégorie juridique le contrat ainsi prorogé va-t-il rentrer ? Reste-il temporaire ou devient-il à durée indéterminée ?

100. — a) Au XIX[e] siècle, à une époque où les intérêts en jeu étaient différents, puisqu'à ce moment-là le législateur n'était pas encore intervenu pour protéger les salariés engagés pour une durée indéterminée, la doctrine estimait que le nouveau contrat découlant de la prorogation de fait était à durée déterminée (101). Il était prolongé d'une durée égale à celle de la convention originaire. Aucun argument n'était fourni à l'appui de cette affirmation et pour expliquer cette similitude, les auteurs se référaient à l'autorité de Pothier. Or, selon les termes mêmes de M. Rodière, il s'agisait d'une véritable « imposture ». En effet, comme le fait remarquer cet auteur (102) : « Pothier distinguait entre — les serviteurs dont il est d'usage que le temps de louage commence et finisse à certains jours de l'année, pendant lequel temps, il n'est permis ni au maître, ni au serviteur de se départir du contrat, et entre ceux qui se louent pour quelque temps que ce soit. Pour les premiers la reconduction du louage conduit à la maintenir jusqu'à l'époque où se fait la louée. A l'égard des seconds — tels sont ceux des villes et les ouvriers — la tacite reconduction de leurs services ne doit avoir lieu que pour le temps qu'ils ont continué de servir : et elle doit cesser lorsque leur maître jugera à propos de les renvoyer ou lorsqu'ils voudront eux-mêmes quitter ».

Ce texte est clair. Pour Pothier il faut distinguer la tacite reconduction des contrats saisonniers dont l'usage veut qu'ils restent à durée déterminée et la tacite reconduction des autres contrats qui deviennent alors à durée indéterminée, chaque partie pouvant rompre à son gré. La position doctrinale ancienne était donc fausse. La seule justification que l'on peut lui trouver pourrait résider déjà dans un souci particulier de protection des intérêts du salarié : protection qui à cette époque, était réalisée par le contrat à durée déterminée qui assurait une plus grande stabilité de l'emploi.

101. — b) Aussi, dès la promulgation des premières lois assurant la protection du salarié lié par un contrat à durée indéterminée, la position de la doctrine devait évoluer. Elle considère que même si le contrat suit les mêmes conditions que la convention originaire, il devient dès lors à durée indéterminée. Les

(100) J. Radouant, *eod. loc.*, n° 2 ; J.M. Bischoff, *opus cité*, p. 131.
(101) Troplong, *Du louage*, t. II, n° 881 ; Guillouard, *Du louage*, t. II, n° 731.
(102) R. Rodière, note sous Civ. 15 octobre 1941, J.C.P. 1942-II-2009.

auteurs invoquent essentiellement à cet effet l'analogie avec la règle de l'article 1738 C. civ. concernant le bail (103). En réalité, c'est la logique même qui veut qu'il en soit ainsi. En effet, les parties, par leur attitude, ont manifesté leur intention de ne pas respecter la clause de la convention initiale qui concernait la durée. On ne voit alors pas pourquoi ils reconduiraient cette clause dans la convention postérieure. Cette clause n'ayant pas été respectée, on ne peut pas soutenir que les parties ont l'intention de la respecter lorsqu'ils continuent à exécuter leurs prestations. Le caractère temporaire du contrat disparaît laissant place à l'indétermination (103 bis).

102. — Le revirement de jurisprudence fut amorcé par un jugement du tribunal civil de la Seine du 10 décembre 1915 qui déclarait : « Il est en effet conforme à la raison et à la vraisemblance d'admettre que les contractants n'ont pas entendu se lier pour un temps déterminé » (104). Il fut nettement consacré par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 31 mars 1924 et confirmé par la suite dans une série d'arrêts ; la solution aujourd'hui ne fait plus aucun doute (105). Toutefois, pour qu'un contrat à durée indéterminée succède à la convention temporaire initiale, il faut que l'une des deux parties n'ait pas manifesté son intention de reprendre sa liberté et il faut surtout que les obligations des contractants continuent à être exécutées. Sinon, le contrat à durée déterminée primitif s'est éteint et la prorogation n'est plus possible (106).

Pour décider que le contrat à durée déterminée, prorogé par le fait de la continuation des relations, est devenu à durée indéterminée, on se fonde donc sur une présomption. On estime que les parties, en ne tenant pas compte de la clause initiale, n'ont pas voulu la reconduire dans le contrat prorogé. Aussi, cette présomption peut être démentie par l'expression d'une volonté contraire. Ainsi, si le salarié est avisé à la fin du contrat que celui-ci sera reconduit pour une durée égale, il n'y a pas de tacite reconduction puisque l'employeur s'est manifesté. Le contrat ne s'est alors par transformé en contrat à durée indéterminée (107). De même, si les parties ont, à chaque renouvellement, conclu expressément un nouveau contrat écrit dans lequel elles ont fixé une durée précise, ce genre de reconduction ne saurait transfor-

(103) Baudry-Lecantinerie et Wahl, *Du louage*, 3e éd., t. II, n° 3063 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5e éd., t. V, § 372, 7e ; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI par A. Rouast, n° 790 ; Carbonnier, Observations à la R.T.D.C. 1961, p. 336 ; A. Rouast, note sous Soc. 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961-249.

(103 bis) Voir dans le même sens M.J. Littmann, *Le silence dans la formation du contrat*, p. 500 et s.

(104) T. civ. Seine 10 décembre 1915, S. 1916-II-103.

(105) Civ. 31 mars 1924, S. 1924-I-295, G.P. 1924-II-15 ; Civ. 9 avril 1930, G.P. 1930-II-505, sous note b ; Soc. 1er juin 1946, J.C.P. 1946-II-3357 ; Civ. 17 mars 1947, D. 1947-295 ; Soc. 22 juillet 1949, D. 1949-568 ; Soc. 13 janvier 1965, Bull. 1965-IV, n° 31, p. 23.

(106) Soc. 2 décembre 1955, Bull. 1955-IV, n° 872, p. 656.

(107) T. Civ. Caen 24 juin 1954, D. 1955 som. 45 ; Soc. 22 juin 1961, Bull. 1961-IV, n° 683, p. 542.

mer la convention initiale en contrat à durée indéterminée (108). La jurisprudence sonde donc l'intention des parties et adopte une position logique.

103. — Cette solution n'est toutefois pas valable pour les contrats saisonniers. D'ailleurs, en cette matière, il s'agira moins de tacite reconduction au sens précis du terme que de renouvellement tacite. Le contrat saisonnier est une des catégories-type des contrats à durée déterminée. De fait, dans les établissements à fabrication saisonnière, il est de principe que les contrats ne soient conclus que pour la durée d'une seule saison. Le débauchage général auquel il est procédé à la fin de chaque saison implique la cessation du contrat de travail. L'employeur et le salarié recouvrent leur entière liberté pour la saison suivante (109). Aussi, s'il n'a pas été convenu que le salarié devait se présenter tous les ans sans convocation pour prendre son travail sauf avis contraire, aucune faute ne peut être reprochée à l'employeur dans l'exercice de son droit de ne pas renouveler le contrat saisonnier (110).

Mais si le renouvellement de principe est admis par le contrat de travail ou par la convention collective, il a été jugé que le contrat ne se trouve renouvelé que pour la durée de la saison suivante et qu'il conserve son caractère de contrat à durée déterminée (111). Cette solution est parfaitement raisonnable puisque les parties, qui sont des professionnels, sont conscientes du caractère temporaire de chaque contrat, l'usage de la profession étant que ces contrats soient à temps. Il s'agit ici de contrats temporaires par nature.

104. — c) Un problème très voisin de la reconduction du contrat à durée déterminée s'est posé pour les conventions à durée indéterminée. Il s'agit de l'hypothèse assez peu fréquente d'ailleurs en pratique, du contrat à durée indéterminée auquel l'une des parties aurait mis fin en donnant congé. Or au terme de ce congé, le salarié continue à travailler et l'employeur à utiliser et rémunérer ses services. La jurisprudence paraît admettre la tacite reconduction du contrat de travail à durée indéterminée, malgré le paradoxe évident qui consiste à parler de durée indéterminée et de reconduction (112). En réalité, l'accord tacite intervenu quant à la poursuite des relations contractuelles, ne tend pas à reconduire la convention mais opère simplement une révocation du congé. « Le congé est considéré comme non avenu puisque les parties en contredisent délibérément les suites naturelles par leur

(108) Soc. 6 juillet 1956, Droit social, 1956-548.
(109) T. civ. Lorient 13 mai 1958, J.C.P. 1958-IV-132.
(110) Soc. 19 octobre 1960, J.C.P. 1960-IV-162.
(111) T. civ. Pont-l'Evêque 28 juillet 1950, Q.P. 1951-109 ; Soc. 30 mai 1958, Bull. 1958-IV, n° 665, p. 491 ; Soc. 15 janvier 1964, Bull. 1964-IV, n° 50, p. 40. Montpellier 28 avril 1970, J.C.P. 1970-II-16485, note Catala-Franjou.
(112) T. civ. Bordeaux 31 octobre 1904, D.P. 1905-5-36 ; Crim. 13 janvier 1922, D.P. 1923-I-5, note R. Savatier ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 3e éd., t. I, n° 1414, t. II, n° 3063.

comportement. » (113) On peut alors estimer que c'est le contrat originaire qui continue à produire ses effets. Cette solution a un intérêt certain dans la mesure où la loi ou les conventions collectives ou individuelles subordonnent souvent le bénéfice de certaines prestations à une condition de continuité ou plutôt d'unité du contrat.

Un auteur, (114) se fondant sur une jurisprudence contestable, (115) avait tenté de ramener cette reconduction du contrat à durée indéterminée à celle des contrats à durée déterminée. Il soutenait que les parties ayant conclu le contrat « ex tempore » la mesure du temps était absente de leur convention. La décision unilatérale de congédiement signifiée par une partie à l'autre ferait pénétrer la mesure du temps dans le contrat. Ainsi, par l'effet du congé, le contrat à durée indéterminée serait transformé en contrat à durée déterminée. Cette théorie a d'ailleurs été reprise encore récemment par la Cour de cassation (116).

A suivre un tel raisonnement, on peut conclure que tous les contrats se ramèneraient en fin de compte à des contrats à durée déterminée. La simplification serait nette mais un peu hâtive. En réalité, le seul effet du congé est de fixer la date à laquelle le contrat prendra fin ; le contrat originaire subsiste, sa nature n'est pas changée par la déclaration de congé (117).

Il ne saurait donc y avoir de tacite reconduction du contrat à durée indéterminée. La révocation du congé rend la reconduction inutile car le contrat va poursuivre son cours de lui-même. Par contre, à défaut de convention expresse, il est indispensable de recourir à la notion de tacite reconduction pour justifier le maintien des liens contractuels entre les parties en ce qui concerne les conventions temporaires.

105. — d) L'effet principal de la tacite reconduction est donc relatif à la nature de la convention qui de temporaire devient à durée indéterminée. Mais quel est son effet sur le contenu du contrat ?

On admet, en l'absence de clauses, que le contrat se poursuit aux conditions initialement prévues. Si on doit présumer de l'attitude des parties qu'elles ont entendu modifier le caractère de leur contrat quant à la durée, on doit aussi présumer qu'hors cela elles n'ont entendu changer aucune autre condition. Ainsi, des clauses attributives de juridiction (118), de non-concurrence (119), de célibat (120) — dans la mesure où elles sont valables

(113) P. Voirin, note sous Civ. 15 octobre 1941, D.C. 1942, p. 149.
(114) J. Vincent, *opus cité*, p. 450.
(115) Civ. 7 décembre 1909, D.P. 1910-I-65, note critique Lalou ; Civ. 19 octobre 1937, D.H. 1938-23 ; Civ. 30 mars 1939, G.P. 1939-II-59.
(116) Soc. 17 décembre 1962, J.C.P. 1963-II-13052.
(117) Soc. 7 juillet 1939, *Droit Social* 1940, p. 148, note P. Voirin. Cf. *infra*, n° 306.
(118) Soc. 18 novembre 1954, Bull. 1954-IV, p. 525.
(119) Soc. 5 juin 1959, Bull. 1959-IV, p. 546.
(120) Soc. 27 avril 1964, Bull. 1964-IV, p. 278 ; J.C.P. 1964-II-13807, note Morellet ; *Droit Social* 1964-574, note J. Savatier ; D. 1965, p. 213, note A. Rouast.

(121) — ou de participation du salarié aux bénéfices (122), contenues dans la convention continuent à s'appliquer lorsque le contrat est devenu à durée indéterminée. Mais, lorsque le contrat primitif contenait une clause prévoyant une indemnité de rupture anticipée, cette clause est devenue sans objet quand le contrat s'est transformé en convention à durée indéterminée (123). Logiquement, une telle clause ne peut plus s'appliquer après l'arrivée du terme initialement prévu, puisqu'aucune autre limite n'a été envisagée.

A notre avis, dès le moment où les parties n'ont pas respecté la durée initialement convenue, toutes les clauses concernant directement ou indirectement cette durée sont devenues caduques et doivent être considérées comme non écrites lorsque le contrat, se poursuivant après le terme, est devenu à durée indéterminée. La jurisprudence est d'ailleurs dans le sens d'une telle analyse. Ainsi, s'agissant d'un contrat initial qui, bien qu'étant à durée déterminée, contient un délai de préavis plus long que celui résultant de la loi, des conventions collectives ou des usages pour les contrats à durée indéterminée, la Cour de cassation estime que, ce contrat étant par suite de la tacite reconduction devenu à durée indéterminée, le délai congé qui s'applique est celui qui est institué pour cette catégorie de contrats (124) et doit donc éventuellement être réduit.

Cette solution avait été critiquée par Paul Durand qui estimait qu' « en l'absence de toute volonté contraire des parties, il est naturel de présumer que le contrat est reconduit aux conditions primitives » (125). Toutefois, cet auteur faisait remarquer que le problème ne peut recevoir de solution générale car il s'agit avant tout d'interpréter la volonté commune des parties. A notre avis, il est évident que le problème doit être résolu dans le cadre de l'interprétation de la volonté des parties, mais le fait de ne pas avoir respecté la clause principale concernant le caractère temporaire de la convention conduit logiquement à tenir pour non écrites les autres clauses relatives à la durée, comme ne reflétant pas l'intention réelle des parties qui se trouve précisée par le fait de la reconduction tacite. Toutefois, on doit admettre que cette solution peut être particulièrement défavorable au salarié (126). En effet, s'il n'est pas possible en matière de contrat à durée indéterminée de prévoir un délai-congé plus court que celui résultant de la loi, des conventions collectives ou des usages, il est toujours possible, par contre, de prévoir un délai-congé plus long. Dans le contrat initial où il n'y avait aucune obligation d'en prévoir un, les parties avaient convenu d'un délai relativement long, marquant par là leur volonté

(121) Sur ce sujet voir A. Huet, « *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques* », R.T.D.C. 1967, p. 45.

(122) Soc. 13 janvier 1965, Bull. 1965-IV, p. 23.

(123) Civ. 1er février 1926, S. 1926-I-266 ; Soc. 1er juin 1946, J.C.P. 1946-II-3357 ; Soc. 9 février 1966, Bull. 1966-IV, p. 130.

(124) Soc. 5 mai 1959, Bull. 1959-IV, n° 554.

(125) P. Durand et A. Vitu, t. I, n° 459 *in fine*, p. 866.

(126) F. Saramito, *opus cité*, p. 233.

de pouvoir prendre leurs dispositions largement à temps. On pourrait présumer qu'elles ont entendu le conserver si le contrat venait à se prolonger d'autant plus que c'est à partir de ce moment-là que ce délai prévu par les parties devient véritablement utile. Il semblerait que la jurisprudence n'ait pas envisagé cet aspect du problème. Pour elle, toutes les clauses concernant la durée doivent être remises en question si le contrat se poursuit par tacite reconduction (127).

106. — Une autre question peut se poser : la tacite reconduction a-t-elle fait naître un nouveau contrat ou bien est-ce le même contrat qui se continue, les parties ayant simplement manifesté leur intention de modifier les clauses relatives à la durée ? La question peut se révéler importante en pratique car elle met en jeu tous les intérêts qui s'attachent à la cessation du contrat initial, aux conditions de conclusion d'un contrat nouveau et ceux qui dépendent de la durée d'exécution du contrat et de l'ancienneté dans l'entreprise.

Une partie de la doctrine raisonnant dans un contexte purement civiliste, estime que l'arrivée du terme a fait perdre toute force obligatoire au contrat primitif et que la tacite reconduction a créé un nouveau contrat (128). La conséquence d'une analyse est que l'identité entre l'ancienne et la nouvelle convention ne serait pas complète. Il en résulterait, par exemple, la nécessité de la capacité de contracter des deux parties au moment où se produit la tacite reconduction. Il en résulterait de même la disparition de la force exécutoire du contrat authentique initial ainsi qu'éventuellement la caducité des sûretés personnelles ou réelles dont pouvait être assortie la convention initiale. La solution proposée par ces auteurs est incontestablement logique mais on peut déjà remarquer le peu d'intérêt de ces considérations en matière de contrat de travail. En effet, la capacité de contracter y est très large, le recours à l'acte authentique une véritable exception ainsi que le recours à des sûretés personnelles ou réelles.

Par contre, le maintien du contrat originaire se révélera la solution la plus avantageuse car elle permettra au salarié de conserver tous les avantages attachés à une condition d'unité de son contrat dans l'entreprise. Comme le relève un auteur, dans le domaine très proche de la modification des conditions du travail, « la solution du problème dépend sur ce point de la volonté des parties... C'est bien la même relation de travail qu'elles entendent continuer mais sous des conditions nouvelles : elles n'entendent pas placer leurs rapports sous l'empire de deux contrats différents dans le temps » (129).

Il faut, à notre avis, appliquer cette analyse au cas de la tacite reconduction du contrat de travail. En effet, pour les contrac-

(127) Soc. 16 décembre 1964, Bull. 1964-IV, p. 703. On pourrait néanmoins voir une amorce de revirement sur ce point dans un arrêt de la chambre sociale du 21 mars 1968, Bull. V, n° 173, p. 144. Cf. *infra*, n° 119, note 163.

(128) J. Radouant, *opus cité*, n° 18 et 19 ; Planiol et Ripert, t. X, n° 628, p. 131.

(129) Durand et Vitu, t. II, n° 410 *in fine*, p. 787.

tants, tout semble se passer comme si le contrat initial n'avait pas pris fin. En continuant les relations du travail au-delà du terme prévu dans leur convention primitive, les parties ont simplement manifesté leur volonté de ne pas considérer la clause concernant la durée comme une clause essentielle de leur contrat. Le contrat initial à durée indéterminée s'est transformé par l'effet de la tacite reconduction en une convention à durée indéterminée, mais c'est le même contrat de travail qui continue à s'exécuter. Cette solution, qui s'appuie sur l'intention probable des parties, est extrêmement favorable au salarié dans la mesure où elle lui permet de bénéficier des garanties de stabilité de l'emploi éventuellement prévues en fonction de la longueur du contrat.

Les solutions retenues pour le cas de la reconduction de fait du contrat initial sont logiques. Le contrat devient à durée indéterminée car les parties manifestent leur intention de passer outre à la clause limitative de leur contrat dans le temps. Sont-elles également appliquées, lorsque la reconduction a été expressément prévue par les parties ?

§ 2. — *La reconduction, élément de la prévision des parties.*

107. — La continuation de fait des relations contractuelles après l'arrivée du terme prévu donne à la convention le caractère de contrat à durée indéterminée, ceci par interprétation de l'intention probable des parties. Si elles n'ont pas respecté le terme de leur convention, c'est qu'elles entendaient être liées pour un temps non limité.

Dans la pratique, cette situation tend à être de plus en plus rare. En effet, le contrat de travail à durée déterminée contient généralement une clause de prorogation des rapports contractuels, clause à laquelle le salarié adhère obligatoirement lors de la signature de son contrat.

La liberté des parties restant entière, la multiplicité des situations particulières peut constituer un nouvel écueil pour le juge. Dans chaque cas d'espèce, le juge doit interpréter ces clauses relatives à la prorogation des rapports de travail. Il s'agit à nouveau, comme dans les situations déjà étudiées, d'un problème d'interprétation de la volonté des parties. Selon les principes relevés, toute imprécision, toute ambiguïté doit être imputée à l'employeur car c'est lui qui est à l'origine de la situation contestée. Par contre, la volonté fermement et clairement exprimée dans la convention devra être respectée.

108. — Ainsi, si le contrat initial précise qu'il ne se renouvellera pas par tacite reconduction, les contrats temporaires, issus d'accords nouveaux, conservent leur caractère de conventions temporaires et prennent fin sans que les parties aient à respecter un préavis quelconque (130). En renouvelant à chaque fois leur

(130) Soc. 8 janvier 1965, Bull. 1965-IV, n° 16, p. 12.

accord, les parties indiquent au juge leur volonté claire d'être liées par des conventions temporaires.

109. — En ce qui concerne l'imprécision de la clause, celle-ci conduit logiquement à la qualification de convention à durée indéterminée. Ainsi, qu'en est-il du contrat prévu pour une période fixe et dont il est dit qu'il se continuera par tacite reconduction sans autre précision ? Depuis longtemps la jurisprudence considère qu'un tel contrat en se poursuivant au-delà du terme prévu prend le caractère de contrat à durée indéterminée (131). En règle générale, cette solution conduit à faire bénéficier le salarié des garanties prévues en cas de rupture du contrat à durée indéterminée, mais il arrive qu'elle se révèle défavorable au salarié (132). On peut en déduire que la protection des intérêts du salarié n'est pas la seule préoccupation des juges du fond. La logique du système jurisprudentiel est respectée, ce dont n'est pas convaincue une partie de la doctrine (133). La solution est comparable à celle que nous avions relevée dans le cadre du contrat à durée minima (134). Tout dépend du moment où se produit la rupture. Si la rupture intervient pendant la période de durée déterminée, période pendant laquelle les parties n'avaient pas prévu de possibilité de rupture, les règles applicables sont celles des contrats temporaires. Mais à partir de l'arrivée de la date marquant le terme de la première période, les règles applicables sont celles des conventions à durée indéterminée. A partir de ce moment-là, en effet, les parties ne peuvent rompre que par une manifestation unilatérale de volonté, critère du contrat à durée indéterminée.

110. — a) Cette imprécision se révèle dans la pratique beaucoup moins grande. En effet, une des situations les plus répandues est celle où les parties au contrat ont prévu la reconduction de leur convention par périodes de durée déterminée mais sans préciser le nombre de ces périodes. Sauf dénonciation de la convention à l'un des termes successifs, le contrat peut se dérouler de façon illimitée dans le temps. Un tel contrat présente donc simultanément les caractères des deux catégories de contrats. On peut dire qu'une détermination existe dans le fait qu'un tel contrat est découpé en périodes dont la durée est initialement prévue ; par contre, on peut soutenir qu'il est à durée indéterminée dans la mesure où il n'existe aucun terme extinctif, définitif, prévu d'avance par les parties.

Ce genre de convention est utilisé depuis longtemps par les employeurs qui trouvent avantage à cette ambiguïté dans la mesu-

(131) Soc. 4 novembre 1931, S. 1932-I-24, D.H. 1931-553. Arrêts récents : Soc. 9 avril 1962, *Droit Ouvrier* 1966, p. 259 ; Soc. 31 mars 1965, Bull. 1965-IV, n° 277, p. 227. Rapprocher Soc. 15 juin 1960, Bull. 1960-IV, n° 628, p. 489 ; Soc. 11 mai 1962, Bull. 1962-IV, n° 434, p. 345 ; Soc. 19 juin 1968, J.C.P. 1968-IV-128, D. 1969-9.

(132) Soc. 19 juin 1968, précité, D. 1969-9 ; Bull. V, n° 307, p. 250.

(133) Carbonnier, obs. à la R.T.D.C. 1961, p. 336.

(134) Voir *supra*, n° 62 et s.

re où ils comptent pouvoir appliquer les règles afférentes à la catégorie de contrats la plus avantageuse selon le moment où ils voudront provoquer la rupture. Pour le salarié qui contracte, la situation est analogue à un engagement de durée indéterminée puisqu'il existe une possibilité illimitée de reconduction. Mais on peut aussi relever qu'il bénéficie d'une stabilité minimum dans la mesure où il existe des périodes de durée déterminée.

Un tel problème a paru excessivement difficile, aussi bien à la doctrine ancienne qu'à la jurisprudence qui vient seulement depuis une dizaine d'années de prendre conscience de la solution. La difficulté provient uniquement du fait que l'on n'acceptait pas la possibilité d'une application distributive des règles régissant les deux catégories de contrats. La confusion entre les deux formes de contrats n'était pas admise. On pensait qu'il fallait déterminer dès l'origine la catégorie des règles applicables à une telle forme de contrat qui ne pouvait être qu'à durée déterminée ou inversement. De ce fait, la solution logique fut longue à se dessiner.

111. — 1° Pour la doctrine ancienne, il fallait se placer non sur le terrain des faits mais sur celui du droit (135). L'analyse juridique de la situation conduisait à la conclusion qu'il s'agissait non d'un contrat unique à durée indéterminée mais d'une succession de contrats à durée déterminée indépendants les uns des autres. L'argumentation était basée sur l'article 1780 C. civ. : cet article ne s'applique qu'aux engagements « faits sans détermination de durée » et ne peut pas recevoir logiquement application à l'engagement renouvelable dont la durée est fixée par le contrat. Ainsi, en 1892, Planiol affirmait-il : « Sans doute la possibilité de renouveler indéfiniment le contrat permet aux parties de prolonger en fait leurs relations aussi longtemps qu'elles le veulent et même pendant leur vie entière : l'exercice de cette faculté donne au contrat l'aspect d'un engagement permanent, à durée indéfinie, parce que la reconduction s'opère ici d'une façon tacite comme le louage de choses. Mais on se laisserait tromper par les apparences si on considérait le salarié comme lié dans les deux cas par un contrat à durée indéterminée. Lorsque ses services se perpétuent par renouvellements successifs, ce sont de nouveaux contrats qui se forment à chaque terme et il faut bien se garder de confondre le congé, qui rompt un engagement en cours d'exécution, avec le refus de contracter qui empêche un nouvel engagement de se former à l'expiration du précédent... Si la loi devait être entendue ainsi, elle recevrait une extension considérable qui dépasserait les intentions véritables du législateur car elle permettrait de condamner à des dommages-intérêts non seulement ceux qui se délient, mais aussi ceux qui refusent de s'engager » (136).

(135) Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Du louage*, 3e éd., t. II, n° 2862 ; Josserand, « *Cours* », II, n° 1284, 7e ; Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 1881.

(136) Planiol, note sous Amiens 2 janvier 1892, D.P. 1892, p. 489.

Cette argumentation juridique semblait évidente et pouvait paraître convaincante. Dans une pure logique civiliste, il semblerait qu'elle fût sans faille. D'ailleurs, la jurisprudence ancienne allait l'admettre sans hésitation (137). Mais si la logique était respectée, la justice ne l'était plus. En effet, la part laissée à l'employeur était vraiment trop belle. Le salarié, pratiquement obligé d'adhérer aux propositions de ce dernier, se trouvait à la merci complète de la volonté de l'employeur.

112. — Aussi, par la suite, une certaine hésitation devait-elle se manifester (138) et la jurisprudence opérait un revirement en 1924 (139). La Cour de cassation, rompant avec la solution antérieure, préconisée par les auteurs, assimile alors la prorogation sans limitation du nombre des périodes à l'engagement fait sans détermination de durée. De ce fait, elle applique à ces conventions le régime des contrats à durée indéterminée. Il en résulte que la rupture peut intervenir à tout moment. Toutefois, le contrat initial est réservé et on lui maintient la qualification de convention temporaire (140). A la suite de la première échéance, le contrat devient à durée indéterminée. On en revient donc exactement à l'hypothèse précédente qui consistait à prévoir une période minimum suivie d'une période de durée non précisée.

Aucune justification n'était fournie à l'appui de la solution : la jurisprudence se contentait de procéder par affirmation et maintint sa position pendant plus de trente ans (141). Aucun principe juridique ne venait étayer cette construction nouvelle et il était évident que les considérations pratiques avaient joué un plus grand rôle que le point de vue théorique car, à vrai dire, l'argumentation juridique de Planiol était la seule valable dès l'instant où un seul caractère, déterminé ou indéterminé, semblait devoir être reconnu à la durée du contrat. En réalité, les juges s'étaient rendus compte que c'était pour pallier les inconvénients du délai-congé et éventuellement de l'indemnité de licenciement, que les employeurs avaient imaginé la pratique des contrats temporaires renouvelés de façon illimitée. La jurisprudence voulait mettre un terme à cette véritable fraude à la loi, en assimilant de telles conventions aux contrats à durée indéterminée. La majorité de la doctrine approuvait d'ailleurs cette jurisprudence qui ruinait une pratique « ayant pour but évident de tourner la loi » (142) en se basant en réalité sur une présomp-

(137) Civ. 18 décembre 1907, D. 1908-I-168, S. 1908-I-241 ; Civ. 8 décembre 1913, D.P. 1917-I-73.

(138) Civ. 23 janvier 1917, S. 1918-1919-I-198.

(139) Civ. 31 mars 1924, S. 1924-I-295, G.P. 1924-II-15.

(140) Civ. 13 décembre 1938, D.H. 1939-33.

(141) Civ. 9 avril 1930, G.P. 1930-II-505, s. note b ; Civ. 4 novembre 1931, S. 1932-I-24, D.H. 1931-553, G.P. 1932-I-89 ; Req. 14 juin 1932, S. 1933-I-61 ; Civ. 28 décembre 1932, D.H. 1933-65, G.P. 1933-I-343 ; Civ. 16 juin 1937, S. 1937-I-340 ; Civ. 13 février 1938, S. 1939-I-132, D.H. 1939-33 ; Civ. 15 octobre 1941, D.C. 1942-149, note Voirin, J.C.P. 1942-II-2009, note Rodière ; Soc. 1er juin 1946, J.C.P. 1946-II-3357 ; Civ. 17 mars 1947, J.C.P. 1947-II-3776 ; Soc. 19 janvier 1956, Bull. 1956-IV, n° 57, p. 41.

(142) Colin et Capitant, 9e éd. par Julliot de la Morandière, t. II, n° 1153.

tion de fraude à la loi (143). Certains auteurs approuvaient même cette jurisprudence en disant que la préoccupation majeure du législateur et de la jurisprudence étant la stabilisation des emplois, on est conduit à refuser de considérer le marché du travail comme celui d'une marchandise quelconque (144). Pourtant, à vrai dire, la jurisprudence avait posé là une affirmation de principe qui ne se justifiait juridiquement en aucune façon. On ne voit pas comment plusieurs contrats à durée déterminée successifs peuvent se transmuter en un contrat à durée indéterminée.

113. — Aussi, une partie de la doctrine, tout en admettant l'utilité et l'efficacité d'une telle solution, émettait des réserves et considérait la jurisprudence comme discutable. A juste titre, M. Camerlynck se demandait : « Pourquoi contraindre les parties à prévoir et à préciser à l'avance le nombre des prorogations dès l'instant où elles conservent leur entière liberté de dénonciation dans les délais indiqués avant chaque terme ? » (145). Quant à M. Rouast, il aurait préféré l'application avouée de la maxime « Fraus omnia corrompit » pour déjouer le système frauduleux, plutôt que cette analyse manifestement fausse de la situation juridique. Et il précisait : « La fraude est évidente dans le cas du contrat renouvelé jour par jour, elle est beaucoup plus douteuse lorsqu'il s'agit d'un contrat à l'année. Il n'y a aucune raison en ce cas de ne pas traiter la convention en se référant à l'intention exprimée des parties, même si le nombre des prorogations n'est pas limité » (146).

En effet — autre facette du problème — la protection du salarié qui était le fondement essentiel de la jurisprudence amorcée en 1924, n'était plus assurée lorsque le contrat à prorogations multiples était conclu pour des périodes de durée relativement longue (147). Le contrat étant qualifié désormais de contrat à durée indéterminée, le salarié, en vertu du droit de résiliation unilatérale, pouvait être renvoyé à tout moment et ne jouissait plus dès lors de la garantie de stabilité minima assurée par la longueur des périodes à durée déterminée. Lors de la rupture des relations contractuelles à l'intérieur d'une période de durée déterminée, il devenait possible de congédier le salarié avec un préavis bien moins coûteux que l'indemnisation possible pour le temps qui restait à s'écouler jusqu'à la fin de la prorogation en cours. S'appuyant sur la solution jurisprudentielle de la transformation en contrat de durée indéterminée, l'employeur, pour échapper à une condamnation à dommages-intérêts impor-

(143) Durand et Vitu, t. II, n° 174, p. 313 ; Planiol et Ripert, t. XI par A. Rouast, n° 790 ; Rivero et Savatier, *Droit du travail*, 2e éd., p. 467 ; Beudant, *opus cité*, t. XII, p. 141.

(144) Préface J. Roubier à la thèse de J. Vincent précitée.

(145) G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 275. *Adde* : Soc. 13 décembre 1967, Bull. 1967-IV, n° 784, p. 666 ; J.C.P. 1968-II-15440, note G.H. Camerlynck.

(146) A. Rouast, note sous Soc. 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961-249.

(147) Brun et Galland, *opus cité*, II, n° 272, p. 541, note 1.

tante, soutenait qu'il ne devait que le préavis requis pour rompre les engagements à durée indéterminée (148). Conçue au départ pour assurer une protection des intérêts du salarié, la solution se retournait finalement contre lui. L'imperfection de la solution jurisprudentielle était à nouveau utilisée par l'employeur à son profit.

114. — 2° A partir de 1953, la jurisprudence amorça l'aménagement indispensable de sa solution, dans le cas précis des contrats saisonniers (149). Mais, nous l'avons vu, on pouvait encore soutenir que la solution était normale à cause de l'usage qui veut que de tels contrats soient temporaires. Aussi le revirement de la jurisprudence doit être situé dans deux arrêts de la Chambre sociale des 7 mars et 4 juin 1957 (150). Selon le premier de ces arrêts, le renouvellement tacite prévu par le contrat a pour effet, si la faculté de dénonciation n'a pas été utilisée, de le reconduire pour une nouvelle période, « encore que le nombre de prolongations successives n'ait été limité par aucune de ses clauses ». En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de trois ans renouvelable par tacite reconduction pour des périodes égales mais sans limitation du nombre de ces périodes. Le contrat avait été rompu pendant la seconde période triennale et l'employeur, se fondant sur la jurisprudence antérieure, soutenait que le contrat était devenu à durée indéterminée, et qu'il ne devait que le préavis prévu en cas de non-renouvellement. Les juges du fond repoussent cette prétention en déclarant qu'au moment où s'est produite la rupture, le contrat était à durée déterminée. L'employeur s'étant pourvu contre cette interprétation, la Cour de cassation rejette le pourvoi en soulignant qu'« après avoir constaté que l'engagement avait pris effet le 1er janvier 1948 et n'avait pas été dénoncé pour le 1er janvier 1951, le juge en a fait une exacte application en décidant qu'une nouvelle période triennale avait pris cours à cette dernière date ».

Selon le second, en cas de renouvellement automatique de la convention initiale pour une nouvelle période de même durée, prévue par la convention collective, « le défaut de clause limitant le nombre des prorogations successives n'a pas eu pour effet de réduire la durée convenue de l'engagement, mais seulement de soumettre la résiliation du contrat à l'observation des délais réglementaires ». Les termes sont nets et conduisent à faire une distinction importante. *Si la rupture a lieu pendant une des périodes, les règles applicables sont celles des contrats à durée déterminée, si, au contraire, elle a lieu au terme d'une des prorogations, les règles applicables sont celles des contrats à durée indéterminée.* Le juge a pris une plus claire conscience du concept de limitation de durée et le revirement de jurisprudence montre qu'il applique un système qui ne manque pas de logique.

(148) Soc. 8 février 1961, Bull. 1961-IV, n° 179, p. 142.

(149) Soc. 3 juillet 1953, Bull. 1953-IV, p. 385, *Droit Social* 1953-548, I.C.E. 1953-911.

(150) Soc. 7 mars 1957, Bull. 1957-IV, n° 266, p. 189 ; Soc. 4 juin 1957. *Droit Social* 1957-557.

115. — Cette nouvelle solution est maintenant constamment affirmée (151) et tend même à se préciser. Non seulement le salarié jouit de la garantie de stabilité que lui confère la période de durée déterminée, mais de plus un arrêt récent lui accorde le bénéfice du préavis légal (152). Ce préavis légal s'imposera sur le délai de moindre durée qui serait prévu par la convention ou l'usage. Ce revirement jurisprudentiel a été apprécié de façon diverse par la doctrine, mais la majorité de celle-ci approuve cette adaptation nécessaire (153). Deux raisons essentielles sont à l'origine de cette approbation. D'une part, cette nouvelle position de la jurisprudence se révèle plus juridique que la précédente qui ne tenait aucun compte pratiquement de la volonté des parties lorsqu'il n'y avait aucune fraude à la base de la convention. D'autre part, la doctrine souligne que la protection des intérêts du salarié est assurée d'une manière plus efficace (154).

Certains auteurs doutent d'ailleurs que cette protection soit mieux assurée et s'élèvent vigoureusement contre la nouvelle solution jurisprudentielle (155). Pour ces auteurs, le résultat du revirement de la jurisprudence sera que les employeurs « pourront traiter les conventions signées par eux de vulgaires chiffons de papier » et que finalement la solution nouvelle risque de faire reparaître la pratique du contrat de travail à la journée. Ce n'est d'ailleurs pas l'opinion de M. Carbonnier (156) qui déclare : « La vérité est que le salarié va gagner sur les deux tableaux. Toute explication conceptuelle serait hors de saison. C'est à l'intérêt qui est censé avoir prédominé dans la législation régissant la dissolution du contrat de travail, c'est à l'intérêt du salarié qu'il faut demander la clef de toute interprétation ». Il en résulterait que, dans chaque cas d'espèce, suivant les circonstances de la cause, les juges interpréteraient la convention dans le sens le

(151) Soc. 21 mars 1958, S. 1958-I-233, note J.L.L. ; Soc. 19 juin 1958, Bull. 1958-IV, n° 757[2e], p. 563 ; Soc. 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961-249, note A. Rouast ; Soc. 28 avril 1960, Bull. 1960-IV, n° 412, p. 321 ; Soc. 9 avril 1962, *Droit Ouvrier* 1966-259 ; Soc. 23 octobre 1963, J.C.P. 1963-II-13436 ; Soc. 17 juin 1964, J.C.P. 1964-II-13798, note G.H.C. ; Soc. 29 juin 1966, Bull. 1966-IV, p. 538 ; Soc. 21 mars 1968, Bull. V, n° 173, p. 144 ; Soc. 16 avril 1970, Bull. V, n° 255 p. 205, J.C.P. 1970-IV-143.

(152) Soc. 13 décembre 1967, Bull. 1967-IV, n° 784, p. 666, J.C.P. 1968-II-15440, note G.H. Camerlynck.

(153) A. Rouast, note sous 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961-249 ; J.L.L. note sous 21 mars 1958, S. 1958-I-233 ; Carbonnier, obs. à la R.T.D.C. 1961, p. 336 ; Brun et Galland, *opus cité*, II, p. 271 et s. ; Rivero et Savatier, *Droit du travail*, 4e éd., p. 449 et s. Le droit commercial connaît également de telles situations, notamment dans le cas du contrat de concession de vente exclusive. Cf. Com. 16 octobre 1967, D. 1968, p. 192. La doctrine relève l'attitude protectrice des juges qui admettent que de tels contrats constituent des contrats à durée indéterminée et la critique en disant que « en simple bon sens, il semble qu'un tel contrat est à durée déterminée puisque les parties ont stipulé des termes successifs ». Cf. R. Plaisant, note sous l'arrêt précité.

(154) G.H. Camerlynck, note sous Soc. 13 décembre 1967, précité.

(155) R. Fol, article au *Droit Ouvrier* 1962, p. 1 ; F. Saramito, article au *Droit Ouvrier* 1966, p. 234.

(156) Carbonnier, obs. précitées.

plus favorable aux intérêts du salarié. Suivant les cas, ils adopteraient la solution nouvelle mais sans pour cela rejeter la solution antérieure.

116. — Ces deux opinions extrêmes nous paraissent exagérées. La première parce qu'il ne fait plus de doute que les juges restent très vigilants, la seconde parce que la jurisprudence, loin de se déterminer uniquement en fonction de l'intérêt du salarié, a réussi à trouver une solution logique au problème des « contrats à durée déterminée avec faculté illimitée de prorogations ». A notre avis, elle applique les principes qu'elle a dégagés pour les situations les plus simples déjà envisagées. *En se fondant sur la volonté des parties, elle applique de façon distributive les critères des contrats à durée déterminée et à durée indéterminée.* Le juge, ici encore, doit se placer au moment de la rupture pour déterminer les règles applicables à celle-ci. Si la rupture intervient à l'intérieur même d'une des périodes de durée déterminée, il appliquera, à juste titre, à la rupture les règles de la brusque rupture des contrats à durée déterminée (156 bis). Celles-ci sont fondées sur la responsabilité contractuelle. En effet, au moment où se produit la rupture, le salarié était en droit de compter sur la période de temps qui restait à courir jusqu'à la date prévue marquant la fin de la prorogation. Or dans la grande majorité des cas, cette solution est extrêmement favorable au salarié qui bénéficiera alors de dommages-intérêts d'un montant supérieur à la somme que représenterait le montant de l'indemnité de préavis. Par contre, si la rupture intervient à une des échéances, c'est-à-dire à la fin d'une période de prorogation, le statut applicable sera celui des contrats à durée indéterminée. Cette solution est encore favorable au salarié qui va alors bénéficier des garanties prévues pour la rupture des contrats à durée indéterminée, alors qu'il n'aurait rien obtenu si les règles de rupture des contrats temporaires avaient été appliquées.

Bien qu'apparemment artificielle, cette construction de la jurisprudence se justifie aisément sur le plan des réalités et du droit. En effet, le salarié après plusieurs prorogations successives se trouve dans une situation analogue à celle d'un salarié engagé par un contrat à durée indéterminée dans la mesure où il ne sait pas à laquelle des échéances successives son contrat prendra fin et qu'il est toujours en droit d'espérer à chaque fois que son contrat va se poursuivre. On trouve une preuve de l'indétermination qui règne à l'échéance de chacune des périodes dans la pratique courante, dans ce genre de contrats, d'un préavis conventionnel destiné à permettre, à la partie qui subit la rupture, de prendre ses dispositions.

De plus, cette solution nous paraît très juridique, et nous approuvons les termes d'un récent arrêt de la Cour de Paris qui fait une synthèse de la nouvelle position de la jurisprudence : « En présence d'un contrat à durée déterminée renouvelable par

(156 bis) Soc. 16 avril 1970, Bull. V, n° 255, p. 205.

tacite reconduction par périodes égales un nombre indéterminé de fois les règles applicables au contrat à durée déterminée sont valables à l'intérieur de chacune des périodes, l'intéressé désireux de rompre ayant toutefois, en raison de l'existence de la clause de tacite reconduction, l'obligation d'observer un préavis par rapport au terme à venir de la période en cours. La durée du préavis, si le contrat ne la fixe pas, est celle de la loi ou des usages de la profession » (157).

Cet arrêt pose effectivement le problème sur son véritable terrain mais il ne vas pas jusqu'au bout du raisonnement dans la mesure où il continue à parler de « contrats à durée déterminée renouvelables par tacite reconduction un nombre indéterminé de fois ». Cet intitulé est sujet à caution car il ne reflète pas la véritable nature de tels contrats. N'étant pas la véritable expression de la volonté profonde des parties, il a été certainement à l'origine de la fluctuation et des hésitations de la jurisprudence.

117. — 3° L'approche de la nature juridique de tels contrats a d'ailleurs été tentée par certains auteurs. Ainsi, M. Rouast les définit comme des « contrats à durée déterminée mais à prorogations illimitées » (158). Pour cet auteur, ce contrat est un contrat à durée déterminée dans lequel il dépend de chacun d'arrêter le renouvellement à une époque qui ne peut être précisée a priori encore qu'elle doive concorder avec l'échéance d'un terme. S'étant ainsi prononcé pour le contrat à durée déterminée, il est obligé d'admettre « que le refus de prorogation est socialement équivalent à une rupture unilatérale » pour admettre que malgré sa nature il puisse être régi par les règles des contrats à durée indéterminée. L'explication laisse une large place à l'insatisfaction.

Quant à M. Brun, il les qualifie « de contrats hybrides qui présentent des traits relevant à la fois des contrats à durée déterminée et des contrats à durée indéterminée » (159). Et pour expliquer la transformation des contrats à durée déterminée successifs en un seul contrat à durée indéterminée, il se fonde sur le « lien d'entreprise ». Selon cet auteur, « la solution serait inexplicable si on se référait au droit contractuel civiliste, car chacun des contrats, et le dernier comme les autres, appartient à la famille des contrats à durée déterminée. Mais dans l'optique de l'entreprise, il en va différemment. Le lien d'entreprise coordonne les rapports de travail du salarié, depuis son entrée jusqu'à son départ, il les enveloppe dans une même chrysalide si bien qu'une métamorphose se produit : les contrats successifs à durée déterminée se transforment en un seul contrat à durée indéterminée » (160).

L'explication de cette transmutation, d'ordre biologique, est

(157) Paris 22e Ch. 24 janvier 1966, Revue *Droit du Travail* (Jurisclasseur) 1966, n° 4 du 21 avril 1966.

(158) A. Rouast, note sous 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961-249.

(159) A. Brun, *La jurisprudence du travail*, p. 279.

(160) A. Brun, *opus cité*, p. 280.

séduisante, mais on peut douter qu'elle soit à la base de la jurisprudence. En effet, si elle devait se révéler exacte, tous les contrats à durée déterminée appelés à se renouveler devraient se « métamorphoser » dans tous les cas en un contrat à durée indéterminée. Or la jurisprudence admet que certains contrats à durée déterminée et renouvelables conservent leur caractère de contrats à durée déterminée. C'est le cas notamment des contrats saisonniers.

Un autre auteur parle « d'orthodoxie juridique discutable » et il estime qu'est ainsi consacrée « la relativité de la notion de durée déterminée, suivant la conséquence envisagée » (161). En réalité, il n'y a là que des explications plus ou moins embarrassées qui ne sauraient donner le fondement de la solution. Les auteurs ont des difficultés à cerner la nature juridique de ces conventions parce qu'ils partent du contrat à durée déterminée.

118. — Effectivement, il peut sembler anormal que suivant le moment où se produit la cessation, le juge puisse qualifier de façon différente une convention qui malgré les apparences constitue un tout. Mais il ne faut pas oublier que ce qui importe, au premier chef, ce n'est pas de pouvoir dire a priori d'un contrat qu'il est ou non à durée déterminée, mais, dans une optique tout à fait différente, de pouvoir dégager les règles régissant la rupture, au moment précis où elle se produit, suivant ce que les parties ont voulu dès l'origine.

Il faut donc arriver à déterminer la volonté réelle des parties et, pour ce faire, il peut être nécessaire d'aborder le problème sous un autre angle. En effet, si nous abordons l'étude du problème sous un angle différent, les résultats nous paraissent recouvrir l'éventail des solutions jurisprudentielles tout en les expliquant. En réalité, le contrat reconduit un nombre indéterminé de fois est un véritable *contrat à durée indéterminée, mais dans lequel les parties ont limité réciproquement leur droit de résiliation unilatérale.* Ce droit n'est reconnu que par intermittence, à intervalles réguliers correspondant à ce que l'on a cru pouvoir définir comme étant des échéances successives.

Cette explication est valable dans la mesure où elle s'adapte à la volonté des parties, tout en cautionnant toutes les nouvelles solutions de la jurisprudence.

— Elle correspond à la volonté des parties dans la mesure où celles-ci n'ont pas entendu limiter la durée totale de leurs relations, mais ont entendu s'assurer une certaine sécurité de l'emploi. En effet, l'interdiction d'user du droit de résiliation unilatérale en dehors des périodes prévues dès l'origine, assure aux parties le droit d'escompter une durée d'emploi minimum dès que ce droit n'a pas été utilisé à l'échéance de l'une de ces périodes.

— Cette explication recouvre aussi les diverses solutions de la jurisprudence. Les règles régissant la rupture des contrats à durée déterminée s'appliquent à l'intérieur de chaque période

(161) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 269, p. 449.

car les parties se sont engagées à respecter une certaine durée minima dès que la période est entamée. Si la rupture se produit pendant l'écoulement d'une période, les règles applicables seront celles de la responsabilité contractuelle, la partie qui a rompu ayant commis une faute en ne respectant pas une clause du contrat.

Par contre, si la rupture se produit à l'une quelconque des échéances elle se produit à un moment où les parties ont recouvré l'usage de leur droit de résiliation unilatérale. L'utilisation de ce droit étant le critère du contrat à durée indéterminée, les règles applicables à la rupture intervenue à l'échéance de l'une des périodes prévues sont celles de cette catégorie de contrats : droit à un préavis, possibilité de rupture abusive, indemnité de licenciement. Cette analyse n'est d'ailleurs valable que dans la mesure où l'usage n'intervient pas pour préciser le caractère temporaire de la convention. Ainsi le contrat saisonnier peut être reconduit par une clause expresse contenue dans le contrat initial. Il va de soi qu'un tel contrat reste temporaire en raison du caractère discontinu des prestations, et surtout en raison de l'usage qui veut que de telles conventions restent temporaires (162). Mais, dans l'hypothèse où cet usage n'existe pas, la convention est à durée indéterminée.

119. — Cette analyse est confirmée par la jurisprudence récente. Ainsi, c'est le préavis légal du contrat à durée indéterminée qui s'applique à la rupture pour défaut de renouvellement et non le préavis conventionnel de plus courte durée (163). D'autre part, la manifestation de volonté nécessaire pour signifier au salarié que la convention ne sera pas reconduite équivaut à un congédiement. La Cour de cassation censure les juges du fond qui estiment que la notification du non-renouvellement ne constitue pas un licenciement (164). C'est dire implicitement que le contrat de travail à durée déterminée renouvelable par tacite reconduction est en réalité un contrat à durée indéterminée car il faut, pour y mettre fin, une manifestation unilatérale de volonté de l'une des parties. L'élément essentiel pour l'application des règles de rupture du contrat à durée indéterminée est cette manifestation de volonté unilatérale.

120. — Un problème particulier s'est alors posé : la première période du contrat suit-elle les mêmes principes ? Cette question se pose à la suite de certains arrêts qui décidaient que lorsque la rupture intervient au cours de la première période, les règles applicables sont celles des contrats à durée déterminée « parce que le contrat ne s'est pas encore transformé en contrat à durée indéterminée » (165). La solution pratique est bonne mais la

(162) Voir *supra*, n° 103 et Soc. 31 mai 1958, Bull. 1958-IV, n° 665, p. 491.

(163) Soc. 13 décembre 1967, J.C.P. 1968-II-15540, note G.H. Camerlynck. Par contre, si le préavis conventionnel est plus long que le préavis légal, ce préavis conventionnel doit s'appliquer, Soc. 21 mars 1968, Bull. V, n° 173, p. 144.

(164) Soc. 11 mai 1966, *Droit Ouvrier* 1968, p. 13.

(165) Civ. 13 décembre 1938, D.H. 1939-33 ; Soc. 9 avril 1962, *Droit Ouvrier*

justification théorique est mauvaise. En effet, si les règles des contrats temporaires s'appliquent, c'est parce que les parties, dans cette période comme dans toute autre, se sont engagées à ne pas utiliser leur droit de résiliation unilatérale. Le point a son importance car on pourrait penser que lors de la première échéance ce sont les règles d'extinction du contrat à durée déterminée qui s'appliquent. Aussi, récemment, la jurisprudence a-t-elle nettement répondu à cette question :

« La manifestation de volonté de l'employeur nécessaire pour mettre fin à un contrat de travail à durée déterminée renouvelable par tacite reconduction sauf dénonciation, équivaut à un congédiement, en ce qui concerne l'attribution de l'indemnité de licenciement, *même si elle intervient pour le terme convenu de la première période renouvelable* » (166).

On notera que la jurisprudence ne prend pas encore clairement conscience du fait que le contrat est en réalité à durée indéterminée. Elle parle toujours de « contrat à durée déterminée renouvelable », mais elle applique toutes les règles concernant le contrat à durée indéterminée. Celui-ci est assorti d'une interdiction périodique d'utilisation du droit de résiliation unilatérale, ou plutôt *d'une limitation dans l'exercice de ce droit*. Le contrat de travail à durée déterminée renouvelable par tacite reconduction sans que le nombre des renouvellements soit précisé est, en réalité, un contrat à durée indéterminée dans lequel les parties ont limité l'exercice de leur droit de résiliation unilatérale à des moments bien précis correspondant à l'échéance de chaque « terme » successif. Et on nous objectera vainement le caractère d'ordre public du droit de résiliation unilatérale (166 bis). En effet, d'une part, il ne s'agit pas de supprimer l'exercice de ce droit, mais seulement d'en limiter l'usage, en vue de garantir une plus grande sécurité des rapports contractuels. D'autre part, il s'agit ici d'un ordre public de protection : le droit de résiliation unilatérale a été institué pour protéger les contractants, et notamment le salarié, contre l'engagement à vie. Mais, aujourd'hui, cette liberté de rupture s'oppose au principe de la sécurité de l'emploi et va ainsi à l'encontre des intérêts du salarié. En conciliant le respect de la liberté des parties avec le principe de la sécurité de l'emploi, c'est-à-dire en permettant un aménagement plus juste des rapports contractuels, on ne fait qu'œuvrer dans le sens d'une véritable justice.

121. — b) Le problème est-il très différent en ce qui concerne le contrat à durée déterminée, coupé lui aussi de périodes à durée fixée ? Par exemple, quelles règles vont s'appliquer à ce que l'on a coutume d'appeler un contrat de durée déterminée, renouvelable par tacite reconduction un nombre déterminé de

1966-259 ; Soc. 31 mars 1965, Bull. 1965-IV, n° 277, p. 227. Rapprocher : 15 juin 1960, Bull. 1960-IV, n° 628, p. 489 ; 11 mai 1962, Bull. 1962-IV, n° 434, p. 345.

(166) Soc. 11 mai 1966, Bull. 1966-IV, n° 435, p. 367.

(166 bis) Cf. *Supra*, n° 44.

fois ? La jurisprudence n'a pas été souvent confrontée à ce problème et, dans un arrêt déjà ancien — mais toutefois contemporain des arrêts amorçant le revirement lorsque le nombre de périodes n'est pas limité — elle considère qu'un tel contrat conserve son caractère déterminé et que les règles des contrats à durée déterminée s'appliquent (167). Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de un an, renouvelable par tacite reconduction mais qui précisait que le nombre des périodes était limité à cinq. Le contrat avait été rompu pour faute grave au cours d'une des périodes. Le salarié contestait la qualification de contrat à durée déterminée et réclamait une indemnité de rupture abusive en niant la faute grave. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir qualifié la convention de contrat à durée déterminée mais aussi d'avoir accordé l'indemnisation demandée.

La doctrine, dans son ensemble, cite cette jurisprudence et l'entérine sans discussion (168). Pour notre part, nous considérons que si les résultats pratiques sont corrects, l'attendu de principe est beaucoup trop général et laisse à penser que si la rupture était intervenue à une des échéances successives la solution eût été identique. Or, dans ce cas, nous ne pouvons l'accepter.

On remarquera, en premier lieu, qu'elle ne correspond certainement pas à la volonté des parties car il était alors inutile de couper la durée totale du contrat en périodes si c'est pour appliquer les règles uniques du contrat à durée déterminée. En second lieu, la seule chose certaine dans ce genre de contrat est la volonté des parties de limiter leurs relations d'une façon impérative. Leur collaboration ne saurait aller au-delà du terme extinctif prévu dans la convention. Mais, si elle ne saurait aller au-delà, elle peut cesser auparavant à l'une des échéances intermédiaires. Et pour cesser à l'une des échéances intermédiaires, il faut une manifestation de volonté unilatérale que l'on peut parfaitement analyser en un droit de résiliation unilatérale, critère de l'application des règles du contrat à durée indéterminée.

Le juge doit donc — comme dans tous les cas étudiés jusqu'ici — se placer au moment où la rupture des relations contractuelles est intervenue. Si la cessation des rapports a lieu au jour prévu comme terme extinctif, les règles des contrats à durée déterminée doivent s'appliquer, car cela correspond à la volonté des parties. Le contrat cessera par arrivée du terme. Si, au contraire, la cessation a lieu à l'une des échéances intermédiaires, cette rupture est la conséquence du droit de résiliation unilatérale que les parties s'étaient réservées d'utiliser à certaines périodes et, dès lors, elles ne peuvent rompre sans respecter les garanties prévues pour la rupture des conventions à durée indéterminée. Enfin, si la rupture se produit à l'intérieur d'une des périodes, c'est-à-dire à un moment où, dans l'intention des

(167) Soc. 28 juin 1957, Bull. 1957-IV, n° 809, p. 575.

(168) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 275, p. 458 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 278 ; F. Saramito, *opus cité*, p. 234.

parties, il ne pouvait être question de rupture, les règles de la responsabilité contractuelles vont jouer (168 bis).

Un tel contrat se rapproche, en fait, dans sa nature du contrat à durée maxima (169). En effet, il comporte un terme extinctif. Mais il en diffère par le fait que les parties ont réduit le pouvoir d'utilisation du droit de résiliation unilatérale à certaines périodes bien déterminées pour garantir une stabilité minima à leurs relations. Dire d'un tel contrat qu'il est à durée déterminée ne correspond absolument pas à l'intention des parties. Il s'agit en réalité d'un contrat à durée indéterminée de durée maxima et dans lequel les parties ont limité l'exercice du droit de résiliation unilatérale à certaines périodes bien précises.

Une telle théorie conduit à admettre que même le contrat ne comportant qu'une faculté de prorogation pour une seule période doit obéir à ce processus. En effet, il ne fait pratiquement aucun doute que la jurisprudence déclarerait une telle convention comme étant à durée déterminée, et qu'elle appliquerait les règles régissant la rupture de cette catégorie de contrat. Or nous estimons que pendant un certain temps le contrat doit être régi par les règles du contrat à durée indéterminée. En effet, si la rupture se produit à la fin de la première période, ce sont les règles des contrats à durée indéterminée qui doivent recevoir application. D'une part, parce qu'avant ce moment-là il existe dans le contrat une certaine indétermination concernant la durée précise des relations contractuelles et, d'autre part et surtout, parce que la rupture ne peut découler que de la manifestation de volonté unilatérale de la partie qui désire éviter la continuation des rapports pour la seconde période. L'arrêt de la Section sociale de la Cour de cassation du 11 mai 1966 est très net quant au principe de la manifestation de volonté nécessaire pour mettre fin au contrat (170). Dès que cette manifestation de volonté existe et que son exercice a été prévu dès l'origine, le juge doit appliquer les règles de rupture attachées au contrat à durée indéterminée. De ce fait, la conclusion tirée par les auteurs de la solution jurisprudentielle, appliquée au cas dans lequel le nombre de périodes est limité, est beaucoup trop générale et nous paraît, de ce fait, inexacte. Mais le problème s'est encore trop peu posé à la jurisprudence actuelle pour que nous puissions dégager les vrais sentiments des juges sur cette question. Il n'est pas exclu que si la question venait à être posée à l'heure actuelle, la jurisprudence précisât sa position et tirât les conséquences logiques de l'interprétation d'une telle convention. Elle semble d'ailleurs s'engager sur cette voie (170 bis).

En règle générale, il nous semble que les juges font une application correcte des principes dégagés et qu'ils tiennent avant tout compte de la volonté des parties lorsque les conventions leur

(168 bis) Un arrêt récent semble aller dans le sens de cette analyse. Soc. 9 juillet 1969 D. 1970, Som. 43.
(169) *Supra*, n° 67.
(170) Soc. 11 mai 1966, précité.
(170 bis) Soc. 9 juillet 1969, précité.

paraissent conclues de bonne foi. En est-il de même lorsque le concept de fraude s'introduit dans le cercle contractuel ?

Section III. — La qualification frauduleuse

122. — Lorsque les contractants sont de bonne foi, la jurisprudence, en s'appuyant sur des critères simples, applique un système qui, nous venons de le voir, ne manque pas de cohérence et de logique. Mais la bonne foi est parfois absente de la convention et cela est dû en pratique à deux causes fondamentales, qui sont d'ailleurs liées.

D'une part, il est incontestable que le régime de rupture des deux catégories de contrat s'est nettement différencié (171). Au fur et à mesure de l'évolution, qui se poursuit dans le droit du travail, les garanties dont bénéficient les salariés se sont surtout portées sur le contrat à durée indéterminée qui tend à sacrifier la liberté des parties à la sécurité des relations contractuelles (172).

D'autre part, l'inégalité sociale et économique des deux parties au contrat fait que le contrat de travail entre dans la catégorie des contrats dits « d'adhésion ». L'employeur, en position de force au moment de la négociation, à l'initiative de la qualification et de la forme du contrat auquel le salarié adhère.

L'évolution législative et jurisprudentielle en faveur du salarié s'étant concentrée sur la catégorie des contrats à durée indéterminée, les employeurs ont une nette tendance à revenir vers la pratique des contrats temporaires. Mais ces derniers présentent pour eux le désavantage de restreindre leur droit de décision, dans la mesure où de tels contrats les lient pour un temps déterminé. Plus ce temps sera court et plus ils retrouveront une partie de la liberté qu'ils ont aliénée.

Il y a donc de la part des employeurs une possibilité de simulation qui, si elle devait se développer, rendrait illusoire la protection recherchée par le législateur (173). Le juge doit se montrer vigilant et, dans la mesure du possible, il doit alors rétablir la qualification véritable. Cet effort porte sur deux plans particuliers. En premier lieu, l'employeur peut « dissimuler » un contrat à durée indéterminée sous le couvert de contrats à durée déterminée successifs. Le salarié est juridiquement engagé par contrat temporaire, mais, en fait, il est dans la situation d'un salarié engagé pour une durée indéterminée. En second lieu, l'employeur peut être tenté d'avoir abusivement recours à la technique de l'engagement à l'essai. Dans un tel cas, le salarié est engagé pour une longue période à l'essai, et il ne bénéficie

(171) *Infra*, II° partie, n° 143 et s.

(172) Cf. *La tendance à la stabilité du rapport contractuel.* Collectif sous la direction de P. Durand, Paris, L.G.D.J., 1960.

(173) Sur le problème plus particulier de la simulation en matière de qualification de contrat de travail par rapport à des conventions voisines. voir G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 44. p. 71.

pas des garanties prévues pour la rupture des contrats à durée indéterminée. Comment le juge peut-il réparer l'injustice découlant de telles pratiques ?

§ 1. — *Le recours aux contrats temporaires.*

123. — L'un des premiers procédés utilisés par l'employeur est connu sous le nom de « contrats en chaîne » (174). Le contrat à durée déterminée excluant tout préavis, en principe, ce procédé doit permettre à l'employeur, tout en conservant son salarié pour un temps indéterminé, de tourner les règles protectrices relatives au contrat à durée indéterminée. Il consiste à faire succéder les uns aux autres un grand nombre de contrats à durée déterminée très courts. En fait, du point de vue du salarié, cela aboutit à une situation analogue à celle qu'il aurait dans un contrat à durée indéterminée, puisqu'il ne sait pas quand les relations contractuelles vont prendre fin définitivement. Par contre, en droit, chaque contrat est un contrat temporaire qui prend fin au moment de l'arrivée du terme. Cette situation est extrêmement favorable à l'employeur. En effet, celui-ci peut, au terme d'un des contrats successifs, signifier au salarié qu'il n'entend plus passer un nouveau contrat et le salarié se trouve alors privé indirectement des garanties légales. En pratique, ce droit de refuser de passer un nouveau contrat équivaut à l'usage d'une faculté de résiliation unilatérale.

L'analyse juridique logique conduit donc à voir dans chaque contrat un contrat à durée déterminée. Aussi, dans un premier temps, la jurisprudence a estimé qu'il n'y avait pas prorogation du premier contrat, mais des contrats nouveaux s'éteignant nécessairement et automatiquement à l'arrivée du terme prévu pour chacun d'eux (175). En apparence, cette solution est bonne et paraît conforme à l'intention commune des parties qui sont libres de conclure à chaque terme un nouveau contrat. Elle se justifie d'ailleurs, lorsque la durée de chaque contrat est suffisamment longue pour que l'on ne puisse pas présumer qu'une fraude est à la base de tels accords. Lorsque le juge est certain que la fraude n'existe pas, il continue à qualifier de contrat temporaire (176).)

Mais elle apparaît contestable lorsque les conditions du travail restent les mêmes et surtout lorsque la longueur des contrats est très réduite. Aussi la jurisprudence ne s'est-elle pas laissée abuser longtemps. Son opinion a évolué sur la nature de tels accords. Ainsi, l'*ouvrier engagé à la journée* qui travaille sans interruption pendant plusieurs mois et qui est payé non chaque jour mais en fin de semaine, est lié par un contrat à durée indé-

(174) De l'allemand « Kettenvertrag », voir P. DURAND, *Rapport de synthèse in C.E.C.A.*, 1958.

(175) Civ. 18 décembre 1907, D.P. 1908-I-168, S. 1908-I-241.

(176) T. Civ. Caen 24 juin 1954, D. 1955, som. 45 ; Soc. 6 juillet 1956, *Droit Social* 1956-548 ; Soc. 8 janvier 1965, Bull. 1965 IV, n° 16, p. 12.

terminée même si à l'origine ce contrat était conclu pour un jour (177). Il est à noter que de tels contrats avaient fleuri après la promulgation de la loi du 19 juillet 1928, incorporée à l'article 23 L. I du Code du travail et qui donnait un caractère impératif aux usages en matière de délai-congé dans le cadre des contrats à durée indéterminée (178). De tels contrats ont pratiquement disparu de nos jours, mais il n'en reste pas moins que le contrat à durée déterminée connaît de nos jours une nouvelle extension et que le risque de fraude réapparaît, d'autant plus que le législateur poursuit l'évolution vers la garantie de stabilité d'emploi dans le contrat à durée indéterminée.

124. — La formule employée par le patron est aujourd'hui beaucoup plus élaborée et moins grossière. Ainsi, par exemple, si la reconduction automatique est envisagée par la convention collective, l'employeur, malgré cette reconduction automatique, fait signer à chaque fois un contrat nouveau à son salarié. Il y a dans ce cas une possibilité très nette de fraude car l'employeur, en cas de non-renouvellement, soutiendra que chaque contrat était un contrat à durée déterminée et qu'il n'y avait en l'espèce aucune reconduction ni tacite, ni expresse. La Cour de cassation ayant eu à se prononcer sur de tels accords a considéré que chaque contrat, de par la volonté des parties, était un contrat distinct dont la durée était déterminée (179).

Cette solution est critiquable car il faut avant tout, semble-t-il, examiner si dans l'esprit des parties, cela correspondait bien aux deux volontés en présence. Comme le fait remarquer un auteur : « On a tout lieu de penser que ce n'est pas délibérément, et en connaissance de cause que les salariés signent ces accords qui les dépouillent des garanties attachées au contrat comportant une clause de renouvellement. Ils n'entendent pas à la vérité modifier le régime du contrat initial, mais ils croient accomplir une formalité destinée à assurer la reconduction. Ainsi le sens donné aux accords ne correspond-il pas à la volonté des salariés » (180). De plus, si la clause de renouvellement a été inscrite dans le contrat initial en vertu d'une convention collective, il s'agit alors d'une véritable fraude aux droits des salariés que de leur faire conclure à chaque fois une nouvelle convention. Les conventions collectives s'imposent et le fait de prévoir une pratique qui se retourne contre le salarié est à assimiler à une clause plus défavorable que celle de la convention collective et donc nulle.

125. — Mais, nonobstant cette critique opposée à la jurisprudence, il n'en reste pas moins que celle-ci prend soin à chaque fois de relever les circonstances de la cause pour démontrer la volonté de fraude de l'employeur. Ainsi, dans une affaire récente, un ouvrier lié par contrat à durée indéterminée s'était

(177) Civ. 4 novembre 1931, D.H. 1931-553, S. 1932-I-24 ; Civ. 28 novembre 1932, D.H. 1933-65.
(178) Voir *infra*, n° 300.
(179) Soc. 22 juin 1961, Bull. 1961-IV, n° 709, p. 588.
(180) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 280.

vu substituer à la suite d'une grève, des contrats d'un mois qui avaient été renouvelés à plusieurs reprises et, au terme de l'un d'eux, le patron avait mis fin aux relations de travail. Les juges ont pris soin dans leur arrêt de préciser que l'ouvrier pouvait compter sur la continuation promise et devenue habituelle des renouvellements des contrats de courte durée, imposés contrairement à l'usage local, et qu'il était resté en réalité dans la même situation que s'il avait été lié par un contrat à durée indéterminée (181). Dans un tel cas, la présomption de fraude découlait des faits de la cause.

Il faut d'ailleurs relever que le caractère court de la durée des divers contrats successifs est souvent déterminant pour le juge (182). Plus courts sont les divers contrats successifs et plus la volonté de fraude est évidente.

Ce sont donc les circonstances de la cause qui guident les juges en matière de qualification frauduleuse. Chaque fois qu'ils estiment que la qualification choisie par les parties ou imposée par l'une d'elles ne l'a pas été de bonne foi et qu'elle ne correspond pas à la situation réelle, ils ont le devoir de redresser cette fausse qualification, ce qui, si l'on se réfère au droit civil en matière contractuelle, est parfaitement légitime et explicable. Ainsi, dans l'arrêt précité du 3 mars 1965, les juges relèvent essentiellement que la pratique est contraire à l'usage local, et que la substitution d'une catégorie de contrat à l'autre s'était faite à la suite d'une grève à laquelle avait participé cet ouvrier, autant de circonstances de fait qui faisaient douter de la bonne foi de l'employeur. Le juge ne doit pas se laisser abuser par les apparences. Il est toujours en son pouvoir de redresser la qualification donnée à tort et de restituer au contrat sa nature juridique exacte (183). Pour ce faire, il a recours à l'intention des parties, aux usages de la profession, aux circonstances de la cause et ce sont ces dernières qui font souvent apparaître le caractère frauduleux de la combinaison. Si le caractère frauduleux n'apparaît pas, les juges conserveront à la convention la nature juridique réellement voulue par les parties. Ainsi, « l'accord intervenu entre les parties et relatif à la continuation du travail pour une durée brève, provisoire, indéterminée et renouvelée de jour en jour, n'ouvre pas, en raison de son caractère précaire, droit à un nouveau préavis » (184). Des termes mêmes de cette décision, il ressort que les parties, après avoir décidé de cesser leurs relations, s'étaient mises d'accord pour les continuer de façon provisoire en attendant que le salarié ait retrouvé un nouveau travail. Il n'y avait là aucune intention de fraude et l'employeur ne pouvait être pénalisé pour avoir fait en faveur du salarié plus qu'il n'y était tenu par la loi. On peut même estimer dans ce cas que le salarié était

(181) Soc. 3 mars 1965, Bull. 1965-IV, n° 176, p. 145 ; J.C.P. 1965-II-14448.
(182) Soc. 23 novembre 1966, Bull. 1966-IV, n° 881, p. 735 ; *Droit ouvrier* 1967-118 ; J.C.P. 1966-IV-174.
(183) G.H. Camerlynck, Rapport de synthèse in « *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* », Luxembourg, 1965, p. 62.
(184) Soc. 15 février 1967, Revue « *Droit du travail* », n° 5 du 18 mai 1967, n° 145, J.C.P. 1967-IV-45.

de mauvaise foi en essayant d'obtenir un nouveau préavis alors qu'il savait pertinemment que sa nouvelle situation n'était que provisoire.

Le caractère déterminé ou indéterminé de la convention liant les parties découle de l'intention réelle des contractants que les juges doivent découvrir. Ils sont liés par une qualification faite en toute connaissance de cause et sans intention de fraude. Dans le cas contraire, ils doivent rétablir la situation réelle dans laquelle se trouvent les parties. Il semble que la jurisprudence se soit nettement engagée dans cette voie, lorsque l'employeur recourt à de multiples contrats temporaires et on ne peut que l'approuver. Plus critiquable, par contre, est sa position lorsque l'employeur tend à abuser de l'essai.

§ 2. — *Le recours à la période d'essai.*

126. — Un autre exemple de qualification frauduleuse peut être recherché dans la pratique de la période d'essai. Le régime spécial auquel elle est soumise, la facilité particulière qu'elle donne aux parties de se dégager de leurs obligations peuvent tenter l'employeur. Ce dernier peut, en qualifiant un contrat de travail de période d'essai, échapper à la réglementation impérative du contrat de travail. Dans ce cas, la qualification donnée à la convention n'est plus le résultat d'une simple erreur mais découle d'une volonté frauduleuse qu'il importe de combattre. C'est au juge, ici encore, qu'il appartient de veiller scrupuleusement à la fraude et si elle existe, il doit rétablir la véritable qualification de la convention.

127. — Le recours à la période d'essai ne peut en lui-même être qualifié de frauduleux. En effet, il est normal que les parties recourent à une telle pratique pour expérimenter le contrat et qu'elles puissent, en cas d'échec, reprendre leur liberté sans formalités. Toutefois, dans le cas où les parties auraient déjà été liées par un contrat de travail venu à expiration, il ne saurait être question, pour conclure un autre contrat, de recourir à une nouvelle période d'essai, sauf dans l'hypothèse où les conditions de travail ont changé. Ainsi un salarié engagé comme agent commercial, puis comme ingénieur peut être astreint à deux périodes d'essai et renvoyé sans préavis au cours de la seconde période (185). Cette jurisprudence, quoique dangereuse, est logique et ne peut normalement servir à couvrir une pratique frauduleuse. Mais, en cas de cession de l'entreprise, le nouvel employeur peut vouloir imposer à un salarié une nouvelle période d'essai. La jurisprudence annihile cette tentative de fraude en déclarant que cela ne saurait avoir pour conséquence de priver le salarié des indemnités de rupture (186). Cette solution se justifie puisque

(185) Soc. 15 octobre 1959, Bull. 1959-IV, n° 997, p. 795.
(186) Soc. 11 mars 1964, Bull. 1964-IV, p. 196.

juridiquement le salarié continue à travailler en vertu du même contrat de travail, d'après les dispositions de l'article 23 § 8 Livre I du Code du travail. Elle est d'ailleurs à rapprocher de celle qui est donnée pour le cas où le même employeur fait effectuer une période d'essai à un salarié déjà employé dans un contrat ferme, en vue de lui confier un travail qui demande une plus grande qualification. Au cas où l'essai se révélerait insuffisant, l'employeur ne peut rompre le contrat sans observer les garanties instituées en faveur du salarié (187). Dans cette hypothèse, en effet, le salarié n'a pas — en acceptant d'effectuer l'essai proposé — envisagé de rompre la convention antérieure.

En pratique, le recours à la fraude par l'employeur porte sur la durée ou le renouvellement de la période d'essai.

128. — a) Il est de principe que les parties au contrat demeurent libres de déterminer la durée de la période d'essai et la jurisprudence le rappelle constamment (188). En effet, la loi n'édictant aucune disposition générale relative à la période d'essai, la durée de celle-ci est laissée à la libre initiative des parties (189). Mais pour rester justifiée, la période d'essai doit être courte. En effet, destinée à permettre aux contractants de porter un jugement sur leurs qualités respectives, elle ne doit pas durer plus longtemps qu'il n'est nécessaire à cette appréciation. L'essai qui se prolonge de façon anormale ne peut être considéré que comme une manœuvre destinée à mettre en échec les dispositions protectrices de la stabilité de l'emploi. Le contrôle de la qualification par le juge porte donc de manière essentielle sur la durée de la période d'essai. Celle-ci est nécessairement variable suivant la catégorie professionnelle du salarié et la difficulté pour le juge est de savoir à partir de quand la présomption de fraude pourra jouer. Dans certains cas, le problème est facilement résolu du fait de la disproportion même de la durée d'épreuve. Ainsi une période d'essai de trois mois est trop longue pour apprécier les capacités d'un simple aide-comptable et le juge en déduit que cette clause d'essai n'a été insérée qu'en vue de mettre en échec les dispositions légales protectrices des droits du salarié (190). Dans de telles hypothèses les juges du fond prennent soin de relever la longueur de la période probatoire et de la mettre en parallèle avec le degré d'instruction du salarié et surtout avec la modestie de l'emploi confié à ce salarié pour présumer la fraude

(187) Soc. 11 décembre 1968, J.C.P. 1969-IV-26.

(188) Civ 9 décembre 1929, G.P. 1930-I-311, S.J. 1930-261 ; Civ. 30 novembre 1932, S. 1933-I-70 ; Civ. 4 janvier 1933 D.H. 1933-100 ; T. civ. Seine 25 janvier 1934, G.P. 1934-I-645, D.H. 1934-261 ; Soc. 12 février 1953, Bull. 1953-IV, n° 132, p. 99.

(189) Si aucune disposition d'ordre général n'existe, les quelques dispositions spéciales qui instituent la période d'essai la limitent dans le temps. Ainsi, l'article 29 l, Livre I du Code du travail limite à 3 mois la période d'essai des V.R.P. De même, la période d'essai du contrat d'apprentissage est fixée à 2 mois (art. 13 L I, C. trav.). Le Code du travail des territoires d'outre-mer fixe une durée maximum de 6 mois (art. 33).

(190) Civ. 27 avril 1933, G.P. 1933-II-101, s/note a.

et éviter la censure de la Cour de cassation (191). Dans d'autres cas, c'est la valeur professionnelle notoire du salarié qui fait présumer la fraude (192).

129. — Mais parfois, il est malaisé de déterminer si la durée de l'essai est normale ou anormale. Les juges vont alors s'appuyer sur les usages, les conventions collectives ou la loi, lorsqu'ils existent. Ainsi il a été jugé que lorsque, dans la région et la profession, la durée de la période d'essai est égale à celle du délai-congé, un engagement à l'essai supérieur à la durée du délai-congé pour un emploi courant est une tentative de fraude à la loi (193). Mais, en règle générale, les usages ne prévalent pas sur la volonté clairement exprimée par les parties, et depuis longtemps les juges relèvent qu' « aucun texte n'interdit aux parties de fixer librement suivant les circonstances un délai d'épreuve supérieur à celui qui est habituellement observé dans la profession » (194). Ces stipulations faites de bonne foi et sans esprit de fraude ne sont pas illicites.

Les usages n'étant pas d'un très grand secours, les juges s'appuient essentiellement sur les dispositions des conventions collectives. Dans un très grand nombre de conventions collectives, un délai est fixé autoritairement et aucune dérogation n'est prévue (195). Lorsque de telles conventions existent, les juges décident que les parties ne peuvent valablement convenir d'une période d'essai supérieure à celle fixée par la convention collective dont les dispositions s'imposent à elles (196). Par contre, les parties peuvent valablement convenir d'une durée d'essai réduite, cette renonciation de la part de l'employeur se révélant bénéfique pour le salarié (197), et étant le plus souvent prévue par les conventions collectives elles-mêmes (198).

Enfin, lorsqu'elles existent, les dispositions légales permettent au juge de redresser la qualification frauduleuse. Ainsi l'article 29 1 du Livre I du Code du travail fixe à trois mois la durée de la période d'essai pour les voyageurs, représentants et placiers. Si la période d'essai stipulée dans un contrat de représentation est supérieure à trois mois, la durée de la période sera réduite à trois mois, le reste devenant une période pendant laquelle s'appliqueront les règles du contrat à durée indéterminée. Une espèce jurisprudentielle relativement récente illustre parfaitement la technique du contrat de travail coupé en plusieurs périodes pen-

(191) Civ. 25 avril 1936, S. 1936-I-280.
(192) Soc. 21 octobre 1964, Bull. 1964-IV, n° 685, p. 563.
(193) Soc. 20 octobre 1950, Droit Social 1951-106, D. 1951, p. 5.
(194) Civ. 9 décembre 1929, G.P. 1930-I-311 ; Soc. 12 février 1953, Bull. 1953-IV, n° 132, p. 99 ; Soc. 10 octobre 1957, J.C.P. 1958-II-10402, note D.P.
(195) Cf. H. Sinay, *opus cité*, p. 159 ; J. Ribettes-Tillhet et J.L. Wibaut, précité, p. 13.
(196) Soc. 9 décembre 1964, J.C.P. 1965-IV-6, Bull. 1964-IV, p. 680 ; Soc. 25 mars 1963, Bull. 1963-IV, n° 290, p. 233.
(197) Soc. 24 novembre 1966, Bull. 1966-IV, n° 895, p. 747.
(198) J. Ribettes-Thillet et J.L. Wibaut, précité, p. 14 (C.C.N. industries de l'habillement, art. 3 ; C.C.N. industrie des jeux, jouets, articles de fêtes et voitures d'enfant, art. 4).

dant lesquelles s'appliquent des règles différentes (199). Dans cette espèce le représentant était engagé à l'essai pour sept mois et, en cas de satisfaction, le contrat serait poursuivi pour une durée déterminée de un an. Les juges du fond s'appuyant sur l'article 29 1 du Livre I du Code du travail réduisent à trois mois la période d'essai, et déclarent que pour les quatre mois restants le contrat est devenu à durée indéterminée. De ce fait, en cas de rupture pendant ces quatre mois, l'employeur était tenu de verser le préavis légal et non le préavis conventionnel prévu pour la période à durée déterminée ultérieure. Un tel contrat comportait donc trois périodes : une période d'essai de trois mois, une période de quatre mois pendant laquelle les règles applicables à la rupture étaient celles des contrats à durée indéterminée, et une période à durée déterminée de un an.

Il existe donc sur le plan de la durée de l'essai un contrôle sévère et efficace de la part des juges du fond, qui chaque fois que l'occasion leur en est donnée, redressent la qualification frauduleuse d'essai au profit de celle de contrat à durée indéterminée, permettant ainsi au salarié de bénéficier des garanties auxquelles il a droit. Mais le danger le plus grave pour le salarié en période d'essai est constitué, à l'évidence, par le renouvellement de cette période.

130. — b) Si la durée primitive de l'essai est en pratique peu susceptible d'engendrer l'abus, le renouvellement de l'essai par contre est susceptible de susciter de nombreuses fraudes. Ici encore la carence législative est complète et seules les conventions collectives peuvent venir en aide au juge. Or, comme le relève un auteur, il semble qu'en matière de renouvellement de l'engagement à l'essai, nous assistions à « une évolution dans le sens d'une rigueur accrue à l'égard des salariés » (200). En effet, dans ce domaine, les juges ont consacré la liberté conventionnelle et ont, de ce fait, réduit la nécessaire protection du salarié. Il ne faut toutefois pas se cacher que le renouvellement de la période probatoire peut être bénéfique au salarié dans la mesure où il n'a pu suffisamment révéler ses aptitudes à tenir l'emploi pendant la première période probatoire. Mais le danger de fraude efface nettement ce modeste avantage.

Le principe de la possibilité de renouvellement de la période d'essai a été affirmé très tôt mais assorti toujours de la réserve de fraude. Ainsi un jugement du tribunal civil de la Seine du 25 janvier 1934 concluait : « Les parties peuvent valablement convenir d'une période d'essai d'une durée supérieure à celle du préavis d'usage et convenir d'une nouvelle période d'essai après l'expiration de la première, ces stipulations faites de bonne foi et sans esprit de fraude, ne sont pas contraires à l'ordre public » (201). L'employeur peut renouveler l'essai s'il n'a pas été en mesure de porter un jugement sur la valeur du salarié. Cette

(199) Soc. 21 novembre 1958, Bull. 1958-IV, n° 1249, p. 954.
(200) H. Sinay, *opus cité*, p. 153.
(201) G.P. 1934-I-645, D.H. 1934-261.

possibilité est consacrée par la Cour de cassation qui déclare : « L'article 23 ne contient aucune disposition impérative prescrivant une seule période d'essai ne pouvant excéder trois mois... le contrat a été renouvelé pour une nouvelle période d'essai, nouveau contrat dont il n'est pas allégué qu'il a été conclu pour faire fraude aux droits de l'employé » (202).

131. — Ce principe du renouvellement de l'essai étant entériné, la jurisprudence continue à faire prévaloir la volonté des parties et s'appuie sur la convention passée. A partir du moment où ni un texte légal, ni la convention collective ne prohibent le renouvellement, celui-ci est licite et les parties peuvent y procéder (203). Toutefois, la prolongation de l'essai ne peut être décidée de façon unilatérale. Elle exige l'accord des parties et c'est à celui qui s'en prévaut d'en apporter la preuve. A défaut, après l'expiration de la période initiale, les garanties prévues en faveur de la stabilité de l'emploi vont s'appliquer (204). Par ailleurs, le juge fait parfois intervenir l'intérêt du salarié pour caractériser la bonne foi de l'employeur. Ainsi un salarié dont la période d'essai a été renouvelée à plusieurs reprises ne peut se plaindre d'avoir été licencié sans préavis, si l'employeur au début de la seconde période d'essai lui a annoncé qu'une collaboration future ne pourrait être envisagée en raison de ses mauvais rapports avec un cogérant et ne l'a conservé ensuite que pour lui permettre de trouver une autre situation (205). Si la solution tient compte de la bonne foi de l'employeur on ne saurait tout de même l'approuver dans la mesure où l'on peut se demander à quoi rime une période d'essai qui, a priori, ne peut déboucher sur rien. Il ne s'agissait pas en réalité de période d'essai mais d'un contrat précaire. Et, dès lors, dans la mesure où une date d'extinction avait été fixée, le contrat se terminait à cette date sans préavis puisqu'il s'agissait d'un contrat temporaire.

Dans une autre espèce, le renouvellement de l'essai était justifié par l'idée de « donner au salarié le plus long délai possible afin qu'il soit en mesure de donner les preuves de ses aptitudes professionnelles sans que celles-ci ne soient suffisamment révélées » (206).

Il existe donc un contrôle du juge sur la finalité du renouvellement. Ce dernier est licite pour la jurisprudence dans la mesure où la convention des parties ne s'oppose pas à la convention collective et dans la mesure où le salarié peut trouver intérêt à ce renouvellement. Mais nous estimons, suivant en cela un auteur autorisé (207), que cette protection est nettement insuffisante et ceci notamment parce que l'employeur, totalement libre sur le plan de l'appréciation des qualités professionnelles, pourra tou-

(202) Soc. 5 janvier 1956, Bull. 1956-IV, n° 9, p. 8 ; D. 1956, p. 390.
(203) Soc. 10 juillet 1959, Bull. 1959-IV, n° 919, p. 734 ; Soc. 27 octobre 1959, Bull. 1959-IV, n° 1073, p. 851.
(204) Poitiers 22 novembre 1967, D. 1968, som. 32 ; J.C.P. 1968-IV-71.
(205) Soc. 22 avril 1960, Bull. 1960-IV, n° 372, p. 288.
(206) Soc. 12 octobre 1960, Bull. IV, n° 849, p. 653.
(207) H. Sinay, *opus cité*, p. 155.

jours estimer que le salarié ne remplit pas les conditions requises. Et l'on ne voit pas alors, dans ces conditions, comment le salarié pourra apporter la preuve de la fraude à la loi ou plutôt, comme l'exige la Cour de cassation, la preuve que son consentement a été vicié lors de l'acceptation du renouvellement (208). En se basant essentiellement sur la volonté des parties, la jurisprudence laisse une part trop belle à l'employeur, maître absolu du contrat qu'il passe avec un salarié dont le seul souci est de ne pas perdre son emploi, même si pour cela il doit accepter des conditions draconiennes. Et le fait de renoncer aux garanties offertes par le contrat à durée indéterminée ne saurait mieux prouver, à notre avis, l'état de nécessité. La jurisprudence devrait au moins exiger que l'acceptation du salarié se fasse par écrit. Or, il semble que le simple fait de continuer à travailler après avoir reçu une lettre proposant le renouvellement de l'essai, suffise à caractériser l'acceptation du salarié à la proposition de l'employeur (209). Une telle solution au problème de la valeur du silence dans le contrat de travail nous paraît mériter de sérieuses réserves.

132. — La gravité du problème de la fraude en cette matière n'a pourtant pas pu échapper à la jurisprudence. Et, pourtant, rares sont les arrêts qui condamnent la pratique des renouvellements. Nous n'avons pu en découvrir qu'un seul, assez ancien du reste, et dont les circonstances de fait étaient assez exceptionnelles. Un salarié d'un certain âge avait été engagé avec une promesse d'emploi, d'abord à l'essai pour une période de douze mois, essai renouvelé pour une période de quatorze mois et licencié sous prétexte de rajeunissement des cadres du personnel. Les juges du fond avaient d'abord relevé le caractère inusité des prolongations successives, et surtout « qu'un employeur ne peut se jouer de ses collaborateurs en les considérant successivement comme assez jeunes pour les embaucher puis comme trop âgés pour les licencier à sa fantaisie »... et ils avaient condamné l'employeur pour rupture abusive. La Cour de cassation rejette le pourvoi (210). Il est certain que la Cour de cassation parle dans cet arrêt de fraude à la loi mais, en y regardant de plus près, ce n'est pas tellement le fait des renouvellements prolongés d'essai qui a joué, mais plutôt la désinvolture avec laquelle, après une promesse d'emploi, l'employeur s'était débarrassé du salarié. Cet employeur avait agi avec une légèreté blâmable qui justifiait la condamnation à des dommages et intérêts. Et cette conclusion est étayée par le fait qu'un arrêt chronologiquement proche de la même Chambre sociale admettait le renouvellement de l'essai pendant plus de deux ans, en indiquant que par la suite le salarié avait maintenu son activité au service de l'employeur à titre d'essai, en se fondant sur le fait que « les parties demeurent

(208) Soc. 10 octobre 1957, J.C.P. 1958-II-10402, note B.P. ; Bull. 1957-IV, n° 925, p. 655.
(209) Soc. 5 mai 1965, Bull. 1965-IV, n° 349, p. 287.
(210) Soc. 30 décembre 1954, D. 1955, p. 326.

libres de déterminer entre elles la durée de la période d'essai » (211). Or, dans ce dernier cas, la prolongation de l'essai était au moins aussi anormale que dans l'espèce précédente, et pourtant, la Cour de cassation l'admet sous prétexte « qu'il n'est pas allégué que le contrat prorogé a été conclu pour faire échec aux droits de l'employé ».

133. — La solution à ce problème ne peut être alors trouvée que dans deux voies : les conventions collectives ou la loi. Certaines conventions collectives sont intervenues soit pour interdire le renouvellement de l'essai (212), soit pour autoriser ce renouvellement, mais limité à un laps de temps égal à la durée primitive (213). Ce renouvellement autorisé pourra permettre d'accorder une nouvelle chance au salarié qui n'aurait pu faire totalement la preuve de sa valeur professionnelle.

Sur le plan législatif il faudrait, dans le cadre de dispositions générales concernant cet engagement à l'essai, limiter de façon ferme la durée de celui-ci et, dans la limite de ce maximum, n'autoriser le renouvellement de l'essai que pour une seule période de durée égale à la période initiale.

On peut d'ailleurs remarquer que chaque fois que le législateur a prévu une période d'essai, celle-ci a été fermement limitée. Ainsi, dans le cadre du contrat d'apprentissage, la durée de l'essai est limitée à deux mois ; de même, en ce qui concerne le contrat de représentation, elle est fixée impérativement à trois mois, ce qui exclut tout renouvellement conduisant à une durée supérieure.

Et il nous semble que la jurisprudence a laissé passer sa chance d'intervenir utilement en ce sens, lors de la promulgation de la loi du 19 février 1958 (214). Cette loi accorde un préavis de un mois à tous les salariés justifiant de six mois d'ancienneté dans l'entreprise et qui sont liés par un contrat à durée indéterminée. La doctrine enseigne que pour pouvoir bénéficier de ce préavis légal, il faut que le contrat liant le salarié à l'entreprise soit définitif (215). Cette thèse s'explique par le fait qu'en principe, en période d'essai, la rupture peut être provoquée à tout moment sans préavis. Mais, si l'on examine le texte de la loi, on ne trouve nulle part cette exigence de contrat définitif. Dès lors, à notre avis, la jurisprudence pouvait valablement décider qu'en accordant un préavis d'un mois aux salariés justifiant d'une ancienneté de six mois, le législateur implicitement limitait la durée de l'essai à cette exigence d'ancienneté. Et ainsi, nous rejoignons la proposition de limitation à six mois qui était avancée par une partie de la doctrine (216). Nous pensons que ce

(211) Soc. 12 février 1953, Bull. 1953-IV, n° 132, p. 99.

(212) Convention industrie de fabrication de cartonnages de la région parisienne. Annexes ouvriers ; voir aussi H. Sinay, *opus cité*, n° 159, 1re colonne ; Soc. 25 mars 1963, Bull. 1963-IV, n° 290, p. 233.

(213) C.C.N. cadres industries métallurgiques de la région parisienne ; C.C.N. industrie de l'habillement.

(214) *Infra*, n° 301.

(215) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 176, p. 313.

(216) H. Sinay, *opus cité*, p. 155.

raisonnement est valable, d'autant plus que l'on considère que la période d'essai entre dans le calcul de l'ancienneté (217), solution qu'impose d'ailleurs sa véritable nature juridique (218).

Il va de soi que les périodes de suspension ne sauraient être intégrées dans le calcul de la durée de la période d'essai, car ces périodes de suspension ne peuvent permettre l'appréciation des qualités professionnelles du salarié.

Ainsi, à notre avis, une chance a-t-elle été gâchée de remédier à une jurisprudence qui, fondée sur le mythe de l'égalité et de la liberté des deux contractants, peut conduire à consacrer une fraude aux lois garantissant la sécurité de l'emploi des salariés. En matière de qualification frauduleuse, la jurisprudence n'a pas encore tiré toutes les conséquences logiques des principes qu'elle a dégagés. Dès lors, se pose la question d'une intervention législative qui permettrait peut-être de résoudre ce difficile problème de qualification.

Section IV. — Solution législative ou jurisprudentielle ?

Aperçus de droit comparé.

134. — Avant de nous déterminer sur l'opportunité d'une solution législative, il nous paraît utile d'étudier les solutions données au problème de la qualification dans certains pays du Marché commun.

En règle générale, la distinction des deux catégories de contrats est connue dans ces pays et elle est, comme en droit français, laissée à la libre appréciation des parties (219). Le problème est donc, au même titre que celui qui se pose à la jurisprudence française, un problème de qualification dont tout l'intérêt se place au moment de la rupture des relations contractuelles (220). Cette similitude est intéressante dans la mesure où les solutions données peuvent fournir des élément utiles de comparaison pour résoudre le problème posé au droit français.

§ 1. — *Les solutions en droit comparé.*

135. — Une constatation essentielle peut être directement dégagée, qui serait d'ailleurs de nature à faciliter une éventuelle harmonisation des règles qui gouvernent les rapports de travail,

(217) G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 248, p. 422. *Contra :* G. Raymond, « L'ancienneté de services », *Droit Social* 1967, p. 159.

(218) *Supra*, n° 94.

(219) Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. Étude collective par G. Boldt, G.H. Camerlynck, P. Horion, A. Kayser, M.G. Levenbach, L. Mengoni, *Luxembourg*, 1965.

(220) On ne peut mieux démontrer que le problème de la qualification a pour intérêt quasi unique le régime de la rupture, qu'en constatant qu'en droit néerlandais on ne parle pas de contrats à durée déterminée ou non,

spécialement en ce qui concerne la durée de ceux-ci : la tendance générale des divers droits des pays du Marché commun est à l'élargissement de la catégorie des contrats à durée indéterminée au détriment des conventions temporaires considérées comme moins favorables pour le salarié. Le contrat à durée indéterminée tend à devenir la règle, le contrat à durée déterminée, l'exception. Mais il faut noter que cette limitation du domaine des contrats à durée déterminée est obtenue au moyen de techniques différentes. Alors que la plupart des pays ont laissé ce soin à la jurisprudence, l'Italie dispose depuis peu d'une loi.

a) *La loi italienne n° 230 du 18 avril 1962* (221).

136. — Avant l'intervention de cette loi, une régime spécial était déjà prévu par l'article 2097 du Code civil italien pour la fixation d'un terme final, ce qui dénotait l'hostilité du législateur à l'égard des contrats à durée déterminée. Il ne fallait pas que la fixation du terme se traduisît par une entrave à la liberté personnelle du travailleur (222). La nouvelle loi est encore plus restrictive en ce qu'elle n'admet le terme qu'exceptionnellement dans trois séries de cas.

136-1. — 1° Selon l'article 1 § 5, le terme est admis lorsque le travail a un caractère purement occasionnel et que sa durée ne dépasse pas douze jours. Dans ce cas, il peut être convenu même sans écrit. Nous pouvons rattacher ce cas au *contrat précaire* dans lequel les parties savent que leurs relations n'ont aucune chance d'être stables. Toutefois, il faut noter que le droit italien limite à douze jours cette possibilité, empêchant par là toute possibilité de fraude.

136-2. — 2° C'est l'alinéa 2 de l'article 1 qui pose le principe du contrat écrit pour le contrat à durée déterminée, mais il limite à certains cas expressément énumérés, la validité de la clause de limitation de durée. C'est ainsi qu'un terme peut être envisagé lorsque sa fixation «est exigée par la nature spéciale du travail découlant de son caractère saisonnier ». La liste de ces travaux saisonniers est fixée par un décret et, de ce fait, la liberté des parties est largement entravée.

Le contrat à durée déterminée sera encore admis lorsque le salarié est engagé pour le remplacement d'autres salariés absents mais qui conservent le droit à reprendre leur emploi. Ce cas envisage donc le problème du remplacement temporaire des travailleurs dont le contrat est suspendu. Dans ce cas, le contrat de remplacement doit indiquer le nom du salarié remplacé et la

mais de contrats prenant fin de plein droit et de contrats dont la cessation est subordonnée à une résiliation. Cf. M.G. LEVENBACH, *opus cité* p. 676, note 133 ; A.N. MOLENAAR, *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg, 1958.

(221) L. MENGONI, *opus cité*, p. 482.

(222) L. MENGONI, *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, p. 250.

cause de son remplacement. Cette exigence nous paraît extrêmement salutaire dans la mesure où elle évite toute contestation entre l'employeur et les deux salariés en cause.

Le contrat temporaire est aussi admis lorsque « l'engagement a lieu en vue de l'exécution d'un ouvrage ou d'un service défini et d'une durée déterminée à l'avance, ayant un caractère extraordinaire ou occasionnel ». La nature de l'ouvrage à effectuer doit être indiquée avec précision et sa durée doit pouvoir être déterminée. Ici nous rejoignons les cas dans lesquels la jurisprudence française admet le caractère temporaire de la convention lorsque le salarié est engagé « pour une entreprise déterminée ». Cette entreprise déterminée est en général occasionnelle dans la mesure où elle n'entre pas dans l'activité ordinaire exercée dans le cadre de l'entreprise. Mais cette idée est complétée dans la loi italienne en ce sens que le contrat à durée déterminée sera encore admis dans les travaux à phases successives qui exigent des spécialisations exceptionnelles et pour lesquelles il n'y a pas de continuité d'emploi dans l'entreprise. C'est le droit pour l'employeur d'engager par contrat temporaire les spécialistes dont il aurait momentanément besoin et qui, par la suite, ne sauraient trouver place dans l'entreprise lorsque leur tâche est terminée.

Enfin, cet alinéa prévoit que les contrats des artistes et techniciens de la production des spectacles peuvent être à durée déterminée. Ici encore, nous pouvons noter la similitude avec la solution du juge français. On peut regrouper tous les cas cités dans cet alinéa 2 sous le vocable de *contrats temporaires par nature*. C'est la nature de la tâche effectuée qui impose le caractère temporaire. Dans tous les cas, le contrat à durée déterminée est le seul qui convienne et un tel contrat est conclu dans l'intérêt des deux parties.

136-3. — 3° La troisième série de cas dans lesquels le législateur italien permet l'utilisation du contrat temporaire à condition toujours qu'il soit écrit, est le contrat du cadre supérieur. Mais cette possibilité est largement limitée dans la mesure où la durée de ce contrat ne saurait excéder cinq ans avec possibilité, pour le salarié, de rompre le contrat au bout de trois ans moyennant un préavis. Cette possibilité de rupture ne concerne que le salarié. La loi aménage ici l'article 2097 C. civil abrogé, qui, auparavant, prévoyait ce cas mais ne limitait pas la durée du contrat et ne prévoyait la possibilité de rupture en faveur du salarié qu'au bout de douze ans. On perçoit ici le souci du législateur de protéger la liberté du salarié. Ce souci est affirmé par le fait que le terme du contrat à durée déterminée peut être prorogé *une seule fois* pour une durée ne dépassant pas celle du contrat initial, à condition que ce soit la même activité professionnelle et que cette prorogation soit rendue nécessaire par des événements d'ordre imprévisible.

Au cas où la prorogation persisterait après l'expiration du terme fixé, le contrat sera considéré comme un contrat à durée indéterminée *depuis le début du contrat de travail*. On ne peut

que relever ici la similitude avec la solution que tendent à consacrer les juges français. Cette solution est identique également lorsqu'il s'agit d'engagements à terme successifs, le législateur italien considérant que, dans ce cas, l'employeur cherche à éluder les dispositions de la loi.

Telle est la solution du droit italien. Le contrat temporaire est restrictivement envisagé et confiné à des cas où il se révèle indispensable. C'est notamment le cas des contrats temporaires par nature. C'est aussi le cas où les parties peuvent être considérées comme étant à égalité dans la discussion des conditions contractuelles. On est frappé de constater que ces solutions recouvrent d'une manière presque parfaite les cas dans lesquels la jurisprudence française s'est prononcée pour l'application des règles concernant la rupture du contrat temporaire. Est-ce à dire, dès lors, que le juge, dont l'intervention se révèle automatiquement plus souple que celle du législateur, saurait suffire à assurer cette protection du salarié en tenant compte de tous les éléments de fait ? Il semblerait que ce soit l'opinion dominante dans les autres pays et notamment en droit allemand (223).

b) *Le droit allemand* (224).

137. — Par application du principe de la liberté contractuelle, les parties restent libres de choisir la forme de contrat qui leur convient. Mais la jurisprudence allemande veille néanmoins à ce que la limitation ne soit pas abusive. Cette action de la jurisprudence a été remarquée dans le cas des contrats de durée très courte et qui se succédaient sans discontinuer (Kettenverträge). Une telle pratique fait nécessairement perdre au salarié les avantages découlant du statut des contrats à durée indéterminée. De tels contrats vont être considérés comme nuls, si un employeur compréhensif eût conclu en pareil cas un contrat à durée indéterminée. Mais la nullité n'affecte pas la relation de travail : le contrat est considéré comme étant à durée indéterminée. On rejoint ici les solutions jurisprudentielles françaises concernant la qualification frauduleuse.

Mais la jurisprudence allemande a été beaucoup plus loin en ce sens *qu'elle contrôle aussi l'opportunité du terme* fixé par l'employeur. Ainsi un arrêt rendu par le tribunal fédéral du travail le 20 octobre 1954 déclare : « La simple limitation de la durée du contrat est illicite, lorsqu'aucune raison particulière ne détermine l'employeur à engager régulièrement un travailleur pour une durée déterminée » (225). En quelque sorte, la limitation de la durée du contrat est présumée frauduleuse lorsque

(223) Notre étude se limite au droit italien et au droit allemand, ces deux seuls droits apportant des éléments nouveaux et distincts du droit français.

(224) § 620 B.G.B. Cf. G. Boldt, *opus cité*, p. 244. *Adde*, du même auteur, « La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 63 et s.

(225) Cité par P. Durand, *Rapport de synthèse* C.E.C.A., Luxembourg 1958 p. 33.

l'intérêt qu'auraient les parties à adopter une telle forme de contrat n'apparaît pas.

Cette jurisprudence a été confirmée le 12 octobre 1960 par un arrêt du Tribunal fédéral du Travail rendu par les Chambres réunies, aux termes duquel la limitation de la durée d'un contrat de travail est *nulle* lorsqu'il n'existe, au moment de la conclusion du contrat, aucune raison matérielle de limiter la durée de celle-ci (226). La nullité de la clause de limitation de durée entraîne la qualification de contrat à durée indéterminée et l'application des règles inhérentes au statut de ce contrat.

Une telle jurisprudence nous paraît intéressante, dans la mesure où elle permet de résoudre de façon logique le problème de la fraude en matière de qualification. Elle permet d'éviter l'écueil que, par un juridisme parfois excessif, le juge français n'a pu franchir. De plus, elle laisse au juge les plus larges pouvoirs d'investigation. En prenant pour critère l'intérêt des parties à cette forme de contrat, le juge est en mesure, sans avoir à tenir compte de la volonté des parties, qui n'est souvent que l'expression de celle de l'employeur, de prendre en considération toutes les circonstances de fait particulières.

Dès lors, la solution jurisprudentielle se révèle extrêmement souple et permet de parer toutes les difficultés d'interprétation qui peuvent surgir. Le contrôle des motifs, qui ont poussé les parties à conclure une convention temporaire, est une innovation intéressante dans la mesure où il conduit à une protection accentuée des intérêts du salarié, tout en conservant au système une grande souplesse, permettant ainsi de qualifier un contrat de temporaire si l'intérêt des parties le commande.

Les positions différentes adoptées par le droit de ces pays et dans lesquels les conditions de travail sont assez semblables à celles qui existent en France, montrent que le problème de la qualification du contrat peut être résolu en ayant recours à des techniques aussi différentes que la loi et la jurisprudence. Laquelle choisir pour le droit français ?

§ 2. — *Le choix d'une solution pour le droit français.*

138. — La question du recours à la loi pour résoudre le problème de la distinction des contrats de travail fondée sur la durée a déjà été soulevée dans une question écrite d'un parlementaire qui dénonçait le danger d'une éventuelle généralisation des contrats à durée déterminée et qui demandait une intervention législative. Dans sa réponse, le Ministre du Travail et des Affaires Sociales déclara que « si la tendance libérale de la jurisprudence se trouvait confirmée, les risques d'abus se trouveraient très limités et qu'en tout état de cause une réglementation particulière ne paraissait pas devoir être envisagée » (227).

(226) Voir G. Boldt, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, p. 244.
(227) J.O. Débats Ass. Nat. 15 février 1964, p. 306.

139. — Nous approuvons, pour notre part, une telle prise de position. En effet, l'intervention législative n'aurait pour unique intérêt que d'affirmer que le contrat à durée indéterminée doit être la règle, par le fait qu'elle fixerait, comme le législateur italien, des limites très strictes au domaine du contrat à durée déterminée. Certes, l'affirmation de ce principe n'est pas négligeable, mais nous trouvons que la loi cristallise par trop des situations-types et que ne pouvant, dans sa généralité, envisager toutes les situations possibles, de nouveaux problèmes d'interprétation surgiront nécessairement. Au contraire, le juge n'étant limité par aucun texte, conserve toute la souplesse désirable et nécessaire pour faire face à la multitude des situations particulières. Nous pensons avoir démontré qu'il est parvenu à une certaine maîtrise dans la résolution des problèmes qui lui étaient posés, malgré quelques lacunes malheureuses, notamment dans le cas de la qualification frauduleuse. Il devrait dès lors parfaire son système en s'inspirant des solutions du droit allemand. Il semble d'ailleurs que le juge français s'oriente lui aussi vers un contrôle de l'opportunité du choix de la durée limitée du contrat. Un arrêt récent en témoigne (228). Il s'agissait en l'espèce de contrats à durée déterminée successifs et les juges du fond avaient opté pour la qualification de contrat à durée indéterminée au motif que « l'employeur ne démontrait pas que l'existence de contrats successifs à durée déterminée était justifiée, soit par son intérêt, soit par celui de l'employé et que ce fait devait être regardé comme un moyen que s'est donné l'employeur pour se soustraire à l'obligation de préavis... ». L'employeur se pourvoit contre cette décision en contestant cette obligation de justifier d'un intérêt et l'interprétation qui s'ensuivait. La Cour de cassation rejette le pourvoi en relevant la souveraineté des juges du fond en matière d'interprétation.

S'il est vrai qu'il ne s'agit que d'un arrêt de rejet et qu'un tel arrêt est bien moins probant qu'un arrêt de cassation, il n'en reste pas moins qu'une ouverture est tentée vers le contrôle de l'opportunité de la limitation. Cette ouverture témoigne du souci du juge français de continuer dans la voie qu'il a choisie : limiter dans toute la mesure du possible le domaine du contrat à durée déterminée.

(228) Soc. 23 novembre 1966, *Droit Ouvrier* 1967-118, D. 1967, som. 28, sur pourvoi contre Aix 30 mars 1965.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

140. — Il apparaît, au terme de cette étude de la jurisprudence, que la qualification des conventions suivant que la durée y est ou non déterminée n'est pas, à vrai dire, le véritable problème. Rares, en effet, sont dans la pratique les contrats dont on peut dire dès l'origine qu'ils sont à durée déterminée ou à durée indéterminée : dans la grande majorité des cas, cette détermination a priori est impossible. Cela tient en grande partie au développement des garanties dans le cadre du contrat à durée indéterminée qui entraîne une fuite de l'employeur devant cette catégorie de contrats au bénéfice du contrat temporaire. Il s'ensuit, dès lors, une prolifération de pseudo-contrats temporaires. De tels contrats sont pour la plupart affectés d'un terme, ce qui tendrait à les incorporer dans la catégorie des contrats à durée déterminée, mais ce terme se révèle souvent fictif dans la mesure où ce n'est pas lui qui marque obligatoirement la fin des relations contractuelles. Il n'y a donc pas de détermination de la durée au sens strict du terme puisque dans de tels contrats on ne peut établir avec certitude le moment de cessation des relations contractuelles.

Mais pourquoi cette avancée spectaculaire de ces pseudo-contrats temporaires ? Cela provient d'une seule cause : l'inadaptation du droit à la situation de fait. Le droit veut que la durée du contrat de travail procède de la libre volonté des parties, ce qui suppose une libre discussion des conditions. Or, en fait, cette liberté n'existe pas, les rapports de travail étant, en principe, des rapports d'inégalité. C'est l'employeur, maître de la situation contractuelle, qui fixe les conditions du contrat. Or, l'objectif majeur de l'employeur, est de conserver sa liberté de décision, tout en gardant une main-d'œuvre stable mais dont la stabilité ne dépendra finalement que de lui et non d'un statut juridique protecteur. Nous nous trouvons donc ici devant une opposition fondamentale entre un droit, celui que l'employeur tire du pouvoir de direction de l'entreprise et qui implique une grande liberté de décision, et un fait social, la nécessité pour le salarié d'assurer sa subsistance et celle de sa famille, ce qui implique une sécurité maximale de la relation de travail. Tel est le véritable problème posé au juge au travers de celui de la qualification. Doit-il faire prévaloir la liberté de l'employeur ou le souci de protection des intérêts du salarié ?

141. — Le juge a choisi de faire prévaloir l'intérêt du salarié, et au stade de la qualification, cette affirmation se vérifie aisément sur deux plans. La jurisprudence qui, à première vue, pouvait paraître anarchique, découle en réalité d'une démarche tout à fait logique de la part du juge.

En premier lieu, il lui fallait dégager en priorité les critères permettant de fixer une frontière entre les deux catégories de contrats. Nous avons pu déterminer que le terme est le critère du contrat à durée déterminée, l'utilisation d'un droit de résiliation unilatérale étant celui de l'application des règles de rupture du contrat à durée indéterminée. Mais l'étude jurisprudentielle de la détermination de ces critères nous a permis de constater une restriction sérieuse du domaine des contrats à durée déterminée dans la mesure où le juge exige que la limitation de la durée soit précise et nette. Cette restriction s'accompagne à l'opposé d'une extension de la notion de résiliation unilatérale. La tendance à la quasi-suppression des contrats temporaires est nette. Ne pouvant totalement disparaître, *ceux-ci doivent rester confinés aux contrats temporaires par nature ou à ceux dont l'intérêt des parties commande qu'ils soient limités dans le temps.*

Qu'entend-on par contrat temporaire par nature ? Il s'agit d'abord, essentiellement des contrats passés en fonction d'une tâche unique, expressément limitée, *qui ne peut comporter aucune faculté de prolongation ou de renouvellement.* Dans cette catégorie rentrent les contrats conclus pour « une entreprise déterminée ». La tâche à exécuter est précise, même si, a priori, on ne peut en fixer la date d'achèvement, qui ne doit en aucun cas procéder de la volonté des parties. Des exemples de tels contrats sont le contrat de remplacement, le contrat « à la tâche ». Il s'agit également du contrat saisonnier, d'une part, parce que la saison est par hypothèse un temps limité et, d'autre part, parce que c'est l'usage qui veut que de tels contrats soient temporaires. Toutefois, la jurisprudence exige que le salarié soit conscient de la date précise à laquelle la saison se termine, ce qui ne peut être connu que des professionnels de la branche.

On aurait pu songer, comme en droit italien, à enfermer ces contrats dans une loi. Nous ne pensons pas que cette solution soit un avantage sur la solution jurisprudentielle bien qu'elle soit de nature à entraver sérieusement la liberté de manœuvre de l'employeur notamment en matière de combinaison des deux critères dans la même convention.

En second lieu, en effet, le juge français a dû résoudre le problème posé par la combinaison dans une même convention des deux critères. Il lui était dès lors impossible de dégager, a priori, la catégorie à laquelle appartient le contrat. La solution a été trouvée dans la recherche des règles qui doivent s'appliquer au moment de la rupture. Après de multiples hésitations, le juge fait pencher la balance en faveur de l'application des règles de rupture des contrats à durée indéterminée. Par là, il signifie, à juste titre d'ailleurs, que tous ces « pseudo-contrats tempo-

raires » *sont en réalité des contrats à durée indéterminée,* mais dans lesquels les règles de la responsabilité contractuelle peuvent s'appliquer suivant le moment où la rupture se produit.

142. — Le contrat à durée indéterminée devient donc la règle, le droit commun. Face au principe du contrat à durée indéterminée, le contrat à durée déterminée devient l'exception qui doit se justifier en fonction d'une raison valable. Cette tendance à n'admettre qu'exceptionnellement l'application des règles de rupture du contrat à durée déterminée reflète le souci d'une recherche constante de la sécurité de l'emploi, car l'intérêt de la question se place, tout entier, dans le régime de la rupture des relations contractuelles. Si le contrat à durée indéterminée tend à devenir la règle, c'est parce que son régime est plus favorable pour le salarié que celui du contrat à durée déterminée. Si cette tendance est conforme à l'esprit du droit du travail, elle est aussi équitable. En effet, si l'on considère que le travail effectué par le salarié ne dépend aucunement de la distinction, il paraît pour le moins anormal que, suivant la catégorie du contrat choisi par l'employeur, le salarié puisse ou non bénéficier de certaines garanties. Cette remarque conduit à se demander si les incidences de la distinction sur le régime de rupture des relations contractuelles se justifient, et si elles ne doivent pas, elles aussi, tendre à disparaître dans le but d'aboutir à un statut unique de la résiliation du contrat de travail.

DEUXIEME PARTIE

LE REGIME APPLICABLE A LA RUPTURE DU CONTRAT

143. — La cessation des relations contractuelles a longtemps été régie par des règles de pure technique juridique. Mais l'époque contemporaine a été marquée par des transformations profondes auxquelles le droit du travail n'a pas échappé (1) et, l'une des préoccupations essentielles, à l'heure actuelle, est d'assurer au maximum la stabilité des relations de travail (2).

On peut considérer que le contrat à durée déterminée confère une relative sécurité aux contractants, d'autant plus importante que la durée prévue des relations contractuelles sera plus longue. En effet, dans une telle convention, les parties sont en principe liées jusqu'au terme qu'elles ont choisi d'un commun accord. Au point de vue psychologique, elles se font mutuellement confiance et tant que le contrat poursuivra son cours, aucune d'elles ne peut se dégager sans le consentement de l'autre. Au « mutuus consensus » nécessaire pour conclure la convention fait pendant le « mutuus dissensus » non moins nécessaire pour la rompre avant le terme choisi dès l'origine. Or cet accord des parties, élément essentiel de la sécurité, ne saurait exister en ce qui concerne la rupture du contrat à durée indéterminée. En effet, dans ce cas, l'exigence de l'accord des parties conduirait à l'impossibilité de se dégager des liens du contrat à un moment où la dissolution paraîtrait souhaitable et donc aurait pour résultat de réaliser l'asservissement de l'une des parties envers l'autre. Pour éviter cette conséquence fâcheuse, on a accordé à chaque contractant le droit de rompre le contrat de façon unilatérale, et l'exercice d'un tel droit est devenu, nous l'avons vu, le critère de l'application des règles de rupture du contrat à durée indéterminée (3). Mais ce droit de résiliation unilatérale, conçu à l'origine pour assurer la liberté des contractants et notamment

(1) J. Vincent, *La dissolution du contrat de travail*, Thèse, Lyon 1935, p. 367.

(2) *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg 1958. Importante étude comparative réalisée par M. Durand, Horion, Mengoni, Boldt, Kaiser et Molenaar.

(3) Voir *Supra*, n° 42.

celle du salarié, a entraîné une conséquence très fâcheuse pour ce dernier, à savoir l'instabilité fondamentale des relations contractuelles.

144. — Il fallait donc corriger cette instabilité fondamentale. Et comme la sécurité de l'emploi paraissait acquise dans le contrat à durée déterminée, tout l'effort de stabilisation a porté sur le contrat à durée indéterminée. Cela explique que la convention temporaire soit restée largement placée sous l'empire des règles contractuelles de droit commun et que, par contre, le législateur et les conventions collectives aient élaboré un statut spécial, particulièrement protecteur des intérêts du salarié, lorsqu'il est lié par un contrat à durée indéterminée. Au fur et à mesure des interventions successives qui renforçaient la sécurité de l'emploi dans le seul cadre du contrat à durée indéterminée, le point d'équilibre relatif à la stabilité a été atteint puis dépassé sans que l'on se préoccupe du problème dans le contrat à durée déterminée, dont on pensait qu'il était résolu. Cette faveur extrême dont a bénéficié seul le contrat à durée indéterminée a conduit à un déséquilibre qui s'est traduit de façon objective par une nette différenciation des régimes de rupture. Alors que la cessation du contrat à durée déterminée ne fait l'objet d'aucun aménagement, la rupture du contrat à durée indéterminée a été assortie de garanties substantielles pour le salarié, telles que le préavis, l'indemnité de licenciement et la possibilité d'obtenir une indemnité de rupture abusive. Le déséquilibre est tel que la doctrine a pu constater que l'intérêt, quasiment unique, de la distinction réside dans le régime de la cessation des relations contractuelles qui va différer profondément selon la catégorie à laquelle appartient le contrat (4). Ce seul intérêt de la distinction est mis en lumière par le fait que le juge n'est appelé à se prononcer sur la qualification qu'au moment où la rupture intervient.

145. — Une conséquence très grave de cet état de choses réside dans le fait que le contrat à durée déterminée, qui à l'origine était considéré comme assurant mieux la sécurité de l'emploi et qui, de ce fait, était négligé par les employeurs, connaît aujourd'hui un renouveau de faveur chez ceux-ci, dans la mesure où, paradoxalement, cette forme de contrat leur garantit une plus grande liberté de décision. Nous avons relevé que la jurisprudence, dans la limite des pouvoirs qui lui sont reconnus, combat cette tendance, notamment sur le plan de la qualification du contrat (5), et ceci en vue de protéger les intérêts du salarié. Mais cette action des juges, pour utile qu'elle soit, n'est qu'un palliatif qui ne saurait à lui seul résoudre le problème. Le droit du travail se doit de rétablir un équilibre que l'application de principes civilistes rend parfois illusoire.

(4) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 171, p. 306 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 146, p. 255.
(5) *Supra*, 1re partie.

Un effort dans le sens de l'établissement d'un régime unique de la résiliation du contrat de travail devrait être entrepris, d'autant plus que la distinction des contrats fondée sur la durée peut être considérée comme sans importance au regard de la formation et des conditions d'exécution du contrat. Les deux catégories de contrat, en effet, ne sont pas soumises à des règles fondamentalement différentes : les dispositions concernant la réglementation du travail et de l'emploi (6), celles touchant au paiement des salaires (7), les droits et les devoirs des contractants sont les mêmes quelle que soit la catégorie à laquelle appartient la convention. Pourquoi, dès lors, en serait-il autrement sur le plan du régime de la cessation des relations contractuelles ? Alors que les intérêts en jeu sont identiques — que le contrat soit ou non à durée déterminée — les régimes de rupture différent et couduisent à des injustices qui doivent être évitées. Ce régime commun de la rupture devrait être instauré tant sur le plan des conditions dans lesquelles elle s'opère, que sur le plan des conséquences qu'elle entraîne.

(6) J. Blaise, *La réglementation du travail et de l'emploi*, t. III du *Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck.

(7) G. Lyon-Caen, *Les salaires*, t. II *du Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck.

TITRE I

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA RUPTURE (1).

146. — Avant d'entamer l'étude des problèmes spécifiques de la distinction, il importe de remarquer que les conditions dans lesquelles s'opère la cessation du rapport contractuel sont différentes suivant qu'elle trouve son fondement dans le caractère successif ou dans le caractère synallagmatique des relations. En effet, les causes de cessation du contrat de travail peuvent être regroupées autour de deux axes principaux : d'une part, celles qui sont liées à la nature du contrat en tant que rapport se déroulant dans le temps, d'autre part, celles qui y sont liées en tant que rapport synallagmatique.

Le premier groupe met en œuvre des mécanismes qui sont directement liés au concept de durée, c'est-à-dire au fait que l'exécution des obligations se répète obligatoirement pendant un certain temps. La cessation des relations contractuelles s'effectue soit par l'utilisation du droit de résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée, soit par l'arrivée du terme primitivement choisi dans le contrat à durée déterminée. Ces deux techniques particulières sont normales ; elles dérivent automatiquement de la notion même de durée, en ce sens que l'engagement des parties ne pouvant être perpétuel, elles en assurent la limitation dans le temps.

Le second groupe, par contre, est indépendant du caractère successif du contrat et met en jeu des mécanismes propres au droit commun de la cessation des relations contractuelles dans les contrats synallagmatiques. On pourrait, à la rigueur, qualifier ces causes d'anormales, dans la mesure où elles font intervenir les

(1) Ce terme de « rupture » a été choisi intentionnellement. Il implique une attitude active de la part des contractants, une manifestation expresse de volonté, qui peut exister tant dans le cadre du contrat à durée déterminée que dans le cadre du contrat à durée indéterminée. Ainsi, lors de l'arrivée du terme, il n'y a pas à proprement parler rupture, mais extinction du contrat car l'attitude passive des contractants suffit. Par contre, en cas de non-renouvellement ou en cas de cessation anticipée, il faut que le contractant qui désire se libérer le fasse savoir et, pour ce faire, il doit agir. Il y a alors rupture.

notions d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations découlant du contrat. Dans ces hypothèses, aux termes mêmes de l'article 1184 C. civ., c'est au juge qu'il appartient normalement d'examiner si la continuation du contrat reste possible et d'accorder ou non la résiliation du contrat.

147. — Il semblerait donc, à première vue, que le problème de la distinction ne concernât que les modalités de rupture appartenant au premier groupe. En effet, celles du second groupe, sont normalement indépendantes du caractère limité ou non de la durée des relations contractuelles. Un tel raisonnement serait valable si l'indépendance des techniques de rupture était réelle et si à chaque situation objective ne correspondait qu'un seul mode de rupture. Dans la pratique le problème est faussé par la possibilité de choix offerte aux contractants. Cela est essentiellement dû à des considérations propres aux relations de travail. Alors qu'en droit commun le juge intervient au préalable, dans la mesure où l'article 1184 C. civ. oblige les parties à recourir à son arbitrage, le droit du travail admet largement que les parties puissent rompre d'abord et s'adresser au juge ensuite. Il existe donc une possibilité de choix entre la procédure classique de l'article 1184 C. civ., et une procédure qui, en fait, se rapproche énormément de l'exercice du droit de résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée. De l'importance du choix de cette seconde formule va découler un intérêt accru pour l'étude des problèmes posés par les modalités de rupture découlant du caractère successif du contrat. Il convient donc au préalable de nous pencher sur les modalités de rupture tenant au caractère synallagmatique du contrat.

SOUS-TITRE I

LA RUPTURE ET LE CARACTÈRE SYNALLAGMATIQUE DU CONTRAT.

148. — Si le contrat est normalement marqué par le caractère successif de l'exécution des prestations, caractère qui a fortement influé sur la distinction des contrats selon que la durée y est ou non prédéterminée, il ne faut pas négliger pour autant le caractère synallagmatique. En effet, le contrat de travail comporte des obligations réciproques et corrélatives et l'article 19 Livre I du Code du travail rappelle que « le contrat de travail est soumis aux règles de droit commun ». Or les causes de rupture dans les contrats à prestations réciproques sont en général de deux ordres : l'inexécution ou la mauvaise exécution de la part de l'un des contractants et l'impossibilité pour le débiteur de fournir sa prestation pour une raison qui ne lui est pas imputable. Ces vices fonctionnels font donc intervenir, d'une part, la notion de faute commise par l'une des parties dans l'exécution de ses obligations et, d'autre part, la notion de force majeure.

A ces anomalies du rapport contractuel correspond une institution de la réglementation générale des contrats : la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. L'application de cette règle ne devrait normalement pas être influencée par la distinction des contrats fondée sur la durée et d'ailleurs cet article n'en fait pas mention. Selon cet article, si l'une des parties ne remplit pas ses engagements, l'autre peut, soit la forcer à exécuter, si c'est possible, soit demander la résolution avec dommages et intérêts. Mais il est précisé que cette résolution doit être demandée en justice. Cette obligation de recourir au juge s'explique par l'application du brocard selon lequel « nul ne peut se faire justice à soi-même » (1). Dans le droit commun des contrats, la partie qui se plaint de l'inexécution de la prestation de son

(1) *Colin et Capitant* par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, éd. 1953, n° 245 ; A. BRUN, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 333 ; P. BIZIÈRE, *Le contrat de travail et l'action résolutoire de l'article* 1184 *du Code civil*, I.C.E. 1962, p. 587 ; P.D. OLLIER, *Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail*, Droit Social 1967, p. 501.

cocontractant, que celle-ci soit consécutive à une faute ou à un cas de force majeure, doit demander en justice la résolution du contrat.

149. — Pour le contrat de travail on a fait valoir que la résolution judiciaire ne se concevait pas obligatoirement (2). En matière de contrat à durée indéterminée, cette résolution judiciaire serait même totalement inutile puisque l'article 23 Livre I du Code du travail donne à chaque partie le droit de se dégager des liens sans avoir de justification à fournir. Dès lors qu'il en existe une, le caractère normal de la résiliation unilatérale serait davantage accusé. Au contraire, pour le contrat à durée déterminée, en principe, il ne saurait y avoir de résiliation unilatérale puisque l'article 23 Livre I du Code du travail ne s'applique qu'à la catégorie des contrats à durée indéterminée. Donc, normalement, seule la résolution judiciaire peut permettre la rupture du contrat avant le terme prévu par les parties. Il semblerait donc qu'une large différenciation dans le régime applicable soit intervenue selon que le contrat est ou non à durée déterminée. Le contrat à durée indéterminée ne connaîtrait plus que le droit de résiliation unilatérale quelle que soit la raison qui pousse le cocontractant à rompre. Par contre, le contrat à durée déterminée continuerait à suivre la règle de droit commun des contrats synallagmatiques.

150. — Mais il est certain que dans la pratique la rupture immédiate des rapports de travail est admise même lorsque la convention est à durée déterminée (3). Il semble donc qu'il y ait une utilisation de plus en plus fréquente de la technique de la résiliation unilatérale. Dès l'instant où l'une des parties estime que l'autre contractant a manqué gravement à ses obligations, ou constate que les obligations ne sont pas exécutées, elle peut prendre acte de la rupture et considérer que le contrat est rompu. Il y a donc un recul certain de la résolution judiciaire, marqué notamment par l'abandon de la procédure instituée par l'article 1184 du Code civil. Mais cet abandon n'a pas fait disparaître la résolution judiciaire en tant que forme spécifique du droit de rompre le contrat. Il existe encore des cas — exceptionnels il est vrai — où la résolution judiciaire s'applique dans les formes prévues par l'article 1184 du Code civil.

(2) M. Planiol et G. Ripert, t. VI, n° 428, t. XI, n° 853 ; P. Durand et A. Vitu, II, n° 471 ; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 3e éd. 1964. p. 473 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 157, p. 279 et n° 278, p. 463.

(3) P. Durand et A. Vitu, *opus cité*, eod. loc. ; G.H. Camerlynck, *opus cité* n° 278, p. 463 ; A. Brun, *opus cité*, p. 334.

CHAPITRE I

LE RECUL DE LA RESOLUTION JUDICIAIRE DANS LES DEUX TYPES DE CONTRATS

151. — Le recul marqué de l'utilisation de la procédure judiciaire normale de l'article 1184 du Code civil traduit une augmentation considérable du rôle joué par la résiliation unilatérale dans la rupture des relations de travail. Dès lors, se pose le problème de savoir si le contrat de travail n'obéit pas à un régime spécial — mais commun — de la rupture pour inexécution.

Section I. — L'augmentation du rôle joué par la résiliation unilatérale dans la rupture des relations de travail

152. — Deux considérations différentes semblent avoir joué un rôle non négligeable dans cette avancée de la résiliation unilatérale : d'une part, une considération d'ordre technique, d'autre part, une considération d'opportunité. La considération d'ordre technique intervient essentiellement lors de la rupture du contrat à durée indéterminée. Alors que la faculté de résiliation unilatérale prévue dans cette catégorie de contrat était à l'origine exclusivement à fin libératrice, il semble s'y ajouter aujourd'hui une finalité sanctionnatrice (1). Progressivement, il semble y avoir, en matière de contrat à durée indéterminée, un *dédoublement fonctionnel de la résiliation unilatérale* (2). Quant à la considération d'opportunité, elle intervient essentiellement, mais non exclusivement, lors de la rupture anticipée du contrat à durée

(1) Cette double finalité du licenciement fait l'objet du plan de l'étude dans l'ouvrage de M. Panayotopoulos, *Le contrôle judiciaire du licenciement dans le droit des pays membres de la communauté économique européenne et celui de la Grèce*, L.G.D.J. 1969, Bibliothèque d'ouvrages de droit social sous la direction de G.H. Camerlynck, Tome X.

(2) G.H. Camerlynck, Rapport de synthèse, in « *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* », Luxembourg, 1965, p. 89.

déterminée. Il ne paraît pas possible que les parties au contrat continuent de façon fructueuse à exécuter les obligations découlant du contrat pendant la durée de l'instance judiciaire qui les sépare. La rupture immédiate du contrat à durée déterminée permet alors d'envisager l'introduction de la notion de résiliation unilatérale dans cette catégorie de contrat.

§ 1. — *Le dédoublement fonctionnel de la résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée.*

153. — Il est admis, en matière de contrat à durée indéterminée, que la faute grave, c'est-à-dire l'inexécution fautive de ses obligations par une des parties, a des incidences importantes sur l'octroi des garanties qui accompagnent la rupture du contrat à durée indéterminée (3). Le droit de résiliation unilatérale serait alors utilisé, non pour se libérer des liens contractuels, mais pour sanctionner une inexécution fautive de la part du cocontractants. Toutefois, un problème particulier peut se poser dans la mesure où l'inexécution non fautive peut aussi conduire à cette rupture immédiate sans octroi des garanties.

a) *L'utilisation de la résiliation unilatérale en cas de faute grave.*

154. — Il est aujourd'hui généralement admis que quand l'un des contractants commet une faute grave, l'autre peut rompre unilatéralement sans avoir à respecter l'obligation de préavis. Cette conséquence importante trouve sa source, à l'origine, dans l'usage et les conventions collectives (4) et a été consacrée par la loi du 19 février 1958. En effet, cette loi incorporée dans l'article 23 § 2 déclare expressément : « les salariés... qui, *sauf pour faute grave,* sont licenciés, ont droit à un délai-congé... ».

La doctrine justifie cette exception par des considérations d'opportunité ou par les pouvoirs du chef d'entreprise. Ainsi Paul Durand déclare : « Les relations du travail ont un caractère personnel et il ne paraît pas possible de les maintenir en cas de violation grave du contrat » ; et il continue en soulignant qu'« à l'égard du salarié, la rupture sans préavis apparaît comme un aspect particulier du pouvoir disciplinaire de l'employeur » (5). Si la première justification nous paraît pertinente, la seconde nous

(3) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* I, n° 157, p. 277 et A. Brun et H. Galland, II, 280 ; P. Bizière, *La faute en droit prud'homal,* I.C.E. 1963, p. 355 et s.

(4) Certaines conventions collectives prescrivent l'obligation d'observer le préavis « sauf faute grave » (C.C.N. Industries textiles ; C.C.N. Industries chimiques ; C.C.N. Industrie pharmaceutique) ; d'autres parlent de « faute lourde » (C.C.N. Travail mécanique du bois, clauses générales ; C.C.N. Ameublement).

(5) P. Durand et A. Vitu, II, n° 451, p. 853.

paraît plus contestable dans la mesure où la rupture sans préavis est admise pour le salarié comme pour l'employeur et on ne saurait soutenir que le salarié possède également un pouvoir disciplinaire.

Un autre auteur souligne que la faute grave, par le fait même qu'elle constate « l'incapacité ou l'incurie du travailleur, interdit de le maintenir à son poste même pendant la durée limitée du préavis » (6). Si ce recours au pouvoir de direction de l'employeur peut se concevoir, il encourt toutefois le même reproche que le précédent en ce sens que l'exclusion du préavis s'applique à l'un comme à l'autre des contractants.

En réalité, dans la majorité des cas, il y a eu un manquement grave à une obligation du contrat et cette faute grave aurait été le motif d'anéantissement qui aurait permis la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. Seule la première justification peut donc expliquer l'exclusion du préavis. En commettant une faute grave, le contractant a détruit les rapports de confiance qui sont à la base des relations de travail, si bien que la continuation du contrat, même pour la brève période du préavis, ne peut être envisagée. Ce caractère sanctionnateur de l'utilisation du droit de résiliation unilatérale n'est donc pas spécialement marqué et l'exclusion de la résolution judiciaire se justifie en faisant appel à la notion de rapports confiants qui doivent exister entre les parties, c'est-à-dire qu'elle tient compte du caractère personnel des relations de travail.

155. — Mais cette explication ne convient plus pour l'exclusion de la garantie que constitue l'indemnité de licenciement (7). En effet, comme pour le préavis, les usages et les conventions collectives subordonnent l'octroi de cette indemnité à l'absence de faute grave de la part du salarié (8). L'ordonnance du 13 juillet 1967 a consacré cette solution pour l'indemnité minimum légale de licenciement qu'elle institue. La doctrine souligne, à juste titre, le parallélisme évident qui existe entre les deux notions « de faute grave » (9), parallélisme accentué par les formules de certaines conventions collectives qui lient étroitement les deux garanties (10). Le caractère sanctionnateur de la résiliation unilatérale est ici beaucoup mieux marqué, à moins que l'on analyse la commission de la faute grave comme une rupture

(6) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 179, p. 317.

(7) *Infra*, n° 376 et s.

(8) A l'encontre du préavis, l'indemnité de licenciement n'est due qu'au salarié. Elle constitue pour lui la réparation du préjudice que lui cause la perte de son emploi. Voir *infra*, n° 391.

(9) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 242, p. 415.

(10) C.C.N. Transports routiers, Annexe employés, art. 14 : « Dans le cas de rupture du contrat individuel de travail du fait de l'employeur entraînant le droit au délai-congé, l'employeur versera à l'employé congédié, si celui-ci compte au moins trois années de présence dans l'entreprise, une indemnité de congédiement calculée à raison de 2/10 de mois par année de présence ». Il faut toutefois remarquer que cette convention collective est une de celles, rares d'ailleurs, qui n'envisagent pas l'incidence de la faute grave sur les garanties qu'elles instituent.

imputable au salarié. Il s'agirait d'une manifestation du salarié impliquant sa volonté de cesser les relations contractuelles. Cette interprétation nous paraît trop audacieuse bien qu'a priori elle puisse être défendue. La suppression de la garantie que constitue pour le salarié l'indemnité de licenciement, ne devrait pas pouvoir être exercée unilatéralement. Elle ne devrait être possible que par le recours à l'action de l'article 1184 du Code Civil.

? 156. — Il en est de même pour l'indemnité de clientèle du représentant de commerce qui ne lui est pas due en cas de faute grave (11). En règle générale, la jurisprudence estime que la faute grave privative du préavis entraîne aussi pour le représentant la perte de l'indemnité de clientèle (12). Pourtant, par un arrêt du 14 décembre 1960, que la doctrine n'a pas manqué de relever, la Cour de cassation semble condamner l'unité de la notion de faute grave (13). En l'espèce, elle refuse d'accorder l'indemnité de préavis, mais accorde quand même l'indemnité de clientèle.

Il s'agissait, en l'espèce, d'un représentant qui, à l'issue d'une réunion professionnelle, avait proféré des injures à l'égard d'un autre représentant de la firme, et l'affaire s'était soldée pour lui par une condamnation du tribunal de police. Suite à cette affaire, le représentant fut congédié sur-le-champ et sans indemnités. Les juges du fond, saisis de la question, estimèrent que le salarié avait rendu impossible par son comportement la continuation des relations contractuelles, mais que ce comportement ne présentait pas un caractère de gravité suffisant pour le priver des indemnités de préavis et de clientèle. L'employeur s'étant pourvu contre cette décision, la Cour de cassation tranche le problème de façon inattendue en ce sens qu'elle admet que la faute commise n'est pas suffisamment grave pour entraîner la perte de l'indemnité de clientèle, mais que le salarié ne pouvant être maintenu en activité pendant le temps du préavis, « il ne saurait prétendre à des salaires pendant la période *où il s'était lui-même mis dans l'impossibilité de fournir aucun travail* en contrepartie... ». Le résultat pratique en est que le salarié était en droit de réclamer l'indemnité de clientèle mais non l'indemnité de préavis.

Cette solution a été analysée par la doctrine comme rompant avec la théorie civiliste de l'unité de la faute grave en matière de rapports de travail (14). Comme le souligne un auteur, « la faute

(11) *Infra*, n° 392. A l'origine, l'art. 29 o ne mentionnait que la faute et la jurisprudence, adoptant une solution très défavorable au représentant, estimait qu'une faute légère suffisait pour lui faire perdre le bénéfice de l'indemnité, Soc. 9 janvier 1953, Bull. 1953-IV, p. 25 ; Soc. 27 janvier 1955, Bull. IV, p. 50. Cette solution paraissait normale à une partie de la doctrine qui estimait que l'indemnité de clientèle était d'une nature exceptionnelle, exorbitante du droit commun (A. GAUCHER-PIOLA, *L'indemnité de clientèle des V.R.P.*, thèse, Bordeaux 1941, n° 90). Heureusement la loi du 7 mars 1957 portant statut des V.R.P. devait réformer le texte primitif et la nouvelle rédaction de l'art. 29 o, L I, C. trav. parle de « faute grave ».

(12) Soc. 17 décembre 1953, Bull. civ., p. 583 ; Soc. 24 novembre 1965, *Droit Social* 1965-164, note J. SAVATIER.

(13) Soc. 14 décembre 1960, J.C.P. 1961-II-12307, note G.H. CAMERLYNCK.

(14) G.H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, I, n° 158, p. 283.

qui, en raison des nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise, impose le renvoi du salarié n'est pas nécessairement une faute grave » (15). Mais alors, si on admet que la faute commise par le salarié n'est pas une faute grave, on ne peut, à l'encontre du texte de l'article 23 Livre I du Code du travail, lui refuser le droit au délai-congé. En l'espèce, le représentant congédié a commis un acte, répréhensible certes, mais qui ne se rattache pas à l'exécution des obligations découlant de son contrat de travail, et que l'employeur juge seulement incompatible avec la bonne marche de l'entreprise. De ce fait, l'employeur ne fait que dispenser le salarié de l'exécution du préavis (16). Le fondement de la suppression du délai-congé n'est pas dans l'aspect fautif du comportement du salarié. mais dans le pouvoir de direction de l'employeur qui estime que l'altercation intervenue entre deux de ses salariés risquait de compromettre le climat de l'entreprise. L'argumentation selon laquelle le préavis ne pouvait être payé car aucun travail n'avait été accompli par le fait même du salarié n'est qu'un biais, certes habile, mais qui en aucun cas ne peut être accepté. Si une telle argumentation devait être consacrée, il en serait fini de la condition de « faute grave » pour justifier la suppression de l'indemnité de préavis.

En effet, on fait valoir que la dispense de préavis se justifie par l'opportunité qu'il y a à ne pas conserver un salarié dont la présence pendant le temps limité du délai-congé peut nuire au climat de l'entreprise (17). Dès lors que ce salarié a commis une faute légère on peut soutenir que c'est le fait d'avoir commis cette faute qui est à l'origine de la dispense de préavis, et de là, en conclure que c'est le salarié qui s'est mis lui-même dans l'impossibilité de fournir aucun travail. Comme le souligne M. Camerlynck, « les dispositions formelles de l'article 29 m ne sauraient être éludées en faisant prévaloir un principe de droit civil contraire, et qui lierait rigoureusement le paiement du salaire à l'accomplissement effectif de la prestation, principe avec lequel le droit du travail a pris quelque liberté » (18). La faute grave en matière de rapports individuels du travail doit conserver l'unité que lui confère la doctrine (19). En effet, si on justifie la dispense de travail pendant le préavis par des raisons d'opportunité (20), on ne peut que critiquer la solution donnée par la Cour de cassation qui devait ou accorder les deux indemnités ou les refuser. La faute grave doit conserver cette unité qui fait qu'elle est en réalité le fondement qui aurait permis de demander et d'obtenir la résolution judiciaire, auquel cas, aucune des indemnités

(15) G.H. Camerlynck, *op. cit.*, eod. loc., p. 281.
(16) *Infra*, n° 324 et s.
(17) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 188, p. 334 ; A. Brun et H. Galland, mise à jour 1962-II-283 ; P. Durand et A. Vitu, II, n° 458.
(18) G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 158, p. 282.
(19) A. Brun et H. Galland, II, 308 ; P. Durand et A. Vitu, II, n° 483, P. 909 ; G.H. Camerlynck, *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*, p. 35. Voir cependant *Contrat de travail*, I,n° 158, p. 281 et s. où l'auteur nuance ses positions précédentes.
(20) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 188, p. 334.

découlant de la rupture du contrat à durée indéterminée n'aurait été due.

157. — Il nous semble que la jurisprudence, en appliquant les principes de la résiliation unilatérale issus de l'article 23 Livre I du Code du travail, fasse une confusion entre cette technique et celle de la résiliation pour inexécution (21). En effet, la jurisprudence semble raisonner d'une façon qui ne correspond pas à la réalité de la situation. Elle estime que l'employeur exerce son droit de résiliation unilatérale et que, malgré cette initiative, il n'ait pas à respecter les obligations découlant de la rupture, celles-ci étant subordonnées à l'absence de faute grave. Pour la jurisprudence, la cause de la rupture se trouverait dans la volonté unilatérale de rupture utilisée dans un but sanctionnateur et c'est dans ce sens qu'on a pu estimer qu'il y avait là un dédoublement fonctionnel de la résiliation unilatérale. En réalité, si on envisage le fond des choses, le fondement de la rupture ne se trouve pas dans la volonté unilatérale de rompre mais plutôt dans la faute commise par le cocontractant. Le véritable fondement de la rupture se trouve dans l'inexécution fautive et non dans le droit discrétionnaire issu de l'article 23 Livre I du Code du travail.

Le dédoublement fonctionnel de la résiliation unilatérale est donc simplement apparent. Le droit de résiliation unilatérale par la simplicité de sa mise en œuvre semble écarter la technique de la résolution judiciaire, et revêtir un aspect sanctionnateur. Mais, si cette explication est valable pour l'inexécution fautive, elle ne saurait par contre se concevoir lorsque l'inexécution est due à un événement de force majeure.

b) *L'utilisation de la résiliation unilatérale en cas de force majeure.*

158. — La rupture immédiate sans indemnités, en cas de faute grave, sans qu'il soit besoin de recourir préalablement au juge, s'explique par le fait que les usages, les conventions collectives ou la loi prévoient formellement qu'il en sera ainsi, et a pu conduire à penser qu'en ce cas le recours à la technique de la résolution judiciaire était inutile. Mais lorsqu'un événement de force majeure entraîne l'inexécution par l'un des contractants de son obligation, que se passe-t-il en fait ? La partie qui subit l'inexécution, la constate et se contente de prendre acte de la rupture. Or, en droit, la partie qui souffre de l'inexécution devrait recourir au juge pour lui demander la résiliation du con-

(21) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 157, p. 278. On peut rapprocher cette attitude du juge de celle que nous avons pu remarquer lorsqu'il s'agit d'étendre l'application des règles du contrat à durée indéterminée à des cas où l'employeur est responsable de la rupture mais n'en a pas pris l'initiative. Plutôt que d'appliquer les principes du droit civil, la jurisprudence préfère se servir de la résiliation unilatérale et de ses conséquences pratiques plus favorables au salarié et surtout plus simples. Il semble que ce soit le souci de simplicité qui guide le juge. Cf. *supra*, n° 48.

trat. Le juge pourrait, soit accorder la résiliation, soit donner au défendeur un délai selon les circonstances (art. 1184 § 3 C. civ.). Ce délai a pu être analysé par certains comme étant le fondement même de la notion de suspension (22). En effet, lorsque la résiliation est demandée au juge, celui-ci peut choisir de faire prévaloir l'exécution, mais une exécution différée, repoussée jusqu'au moment où l'obstacle que constitue l'événement de force majeure aura disparu.

159. — Or, en matière de contrat de travail, le recours au juge est devenu de moins en moins fréquent. En effet, le législateur est intervenu pour consacrer cette notion de suspension, et interdire par-là même aux parties de considérer que l'événement de force majeure, notamment celui qui atteint la personne du salarié, puisse devenir immédiatement une cause de rupture. C'est le cas notamment de la suspension pour services militaires (23), en cas de fonctions publiques ou professionnelles (24), en cas de grève (25), en cas de maternité... (26). Ces événements de force majeure sont essentiellement temporaires, et le caractère limité de leur durée est une condition nécessaire pour consacrer le principe de la suspension.

Par contre, la maladie du salarié n'a pas encore été envisagée par le législateur français comme une cause de suspension légale (27), et c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de poser les principes généraux en la matière (28). La maladie de courte durée est toujours considérée par le juge comme un cas de suspension du contrat de travail et le problème qui se pose est en réalité de savoir au bout de combien de temps la maladie perd ce caractère temporaire. Il s'agit d'une question d'espèce que les juges du fond apprécient souverainement et il a semblé à la doctrine que la jurisprudence ne s'en tient pas à un critère objectif de durée, mais plutôt à une considération tenant au fait même de la prolongation de la maladie qui rendrait impossible l'exécution du contrat (29). Dès lors, la maladie qui se prolonge peut

(22) J. Treillard, *De la suspension des contrats*, in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », collectif sous la direction de P. Durand, L.G.D.J. 1960, p. 73.

(23) Art. 26 L I, C. trav. ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 127, p. 228.

(24) Loi du 2 août 1949. Décret du 22 décembre 1958, art. 29. Cf. Toshio Yamagushi, *La suspension du contrat de travail*, Paris 1963, p. 261 et s. ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 128, p. 230.

(25) Loi du 11 février 1950, art. 4 ; H. Sinay, *La grève*, Traité de droit du travail sous la direction de G.H. Camerlynck, t. VI, n° 113, p. 254.

(26) Loi du 30 décembre 1966 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 135, p. 239.

(27) Les pays de la Communauté Européenne ont en général, contrairement à la France, consacré législativement le principe de la suspension légale en cas de maladie. A ce sujet Toshio Yamagushi, *opus cité*, p. 139 et s.

(28) P. Sornay, *La maladie du salarié*, D. 1958, p. 165.

(29) P. Sornay, précité ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 132, p. 235. Pour la jurisprudence récente : Soc. 13 janvier 1965, D. 1965, som. 84 ; Soc. 6 octobre 1965, Bull. IV, p. 251 ; Soc. 2 juin 1966, Bull. IV, p. 442 ; Soc. 30 novembre 1966, Bull. IV, p. 754 ; Soc. 18 janvier 1967, J.C.P. 1967-IV-30.

être considérée comme un cas de force majeure. Elle apporte un trouble profond dans l'exécution du contrat et rend de ce fait le remplacement nécessaire. La maladie prolongée du salarié devient alors un cas de force majeure qui enlève à l'employeur l'initiative de la rupture et lui permet de ne pas verser les indemnités de rupture.

160. — Cette thèse soutenue par une partie importante de la doctrine (30) était condamnée par la Cour de cassation qui estimait que le contrat étant suspendu, l'employeur, en prenant acte de la rupture, utilisait son droit de résiliation unilatérale et devait en conséquence verser au salarié les indemnités découlant de la rupture (31). Mais elle est revenue sur sa position et déclare que la maladie prolongée du salarié « *peut* devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail » (32). Si l'on interprète littéralement la formule de la Cour, on doit considérer que c'est le fait même de la prolongation de la maladie qui cause la rupture du contrat. Si l'on suit les principes posés par l'article 1184 du Code civil, l'employeur, à partir du moment où la prolongation de la maladie lui impose le remplacement du salarié, devrait s'adresser au juge pour faire constater le fait et prononcer la résiliation qui lui permettrait de se dégager des liens du contrat sans avoir à verser les indemnités de rupture. Dans ce cas, le juge constatera que la rupture n'est pas due au fait de l'employeur. Or, dans la pratique habituellement suivie, il en est tout autrement. Le salarié étant malade, le contrat est suspendu jusqu'au jour où l'employeur, estimant le remplacement nécessaire, constate le fait et fait part au salarié malade de cette constatation. Il prend acte de la rupture. Mais cette constatation portée à la connaissance du salarié ne peut-elle pas s'analyser alors en une utilisation du droit de résiliation unilatérale ? Le fait, pour la Cour de cassation, de relever que les indemnités de rupture sont réservées au salarié « congédié » alors que dans ce cas l'employeur ne fait que prendre acte d'une impossibilité d'exécution échappant à sa volonté revêt, à notre avis, un caractère artificiel. La rupture pour impossibilité d'exécution ne peut normalement être constatée que par le juge lors d'une action en résolution judiciaire fondée sur l'article 1184 du Code civil. En réalité, l'employeur use du droit de résiliation unilatérale et, dans ce cas, *aucun texte légal ne lui permet de se soustraire au versement des indemnités de rupture,* puisque seule la faute grave du salarié est envisagée par les textes. Il y a donc ici une entorse très nette au principe de la résolution judiciaire.

(30) P. Durand et A. Vitu, II n° 424, p. 808 ; *M. Planiol et G. Ripert,* par A. Rouast, t. XI, n° 851 bis et 856 ; J. Vincent, *La dissolution du contrat de travail,* p. 572 et 588.

(31) Soc. 25 mai 1944, Q.P. 1945, p. 100, S. 1946-I-40 et la note.

(32) Soc. 14 décembre 1960, J.C.P. 1961-II-11985 ; Soc. 8 décembre 1965, I.C.E. 1966-331 ; G.H. Camerlynck, « *La maladie du salarié constitue-t-elle un cas de force majeure ?* », J.C.P. 1961-I-1609.

161. — Dès lors se pose la question de la justification technique de l'atteinte portée au principe, normalement impératif, du recours au juge. On ne peut ici s'appuyer sur le caractère sanctionnateur de la mesure puisque, de toute évidence, le cocontractant n'a pas commis de faute. On ne peut non plus prendre en considération l'altération des rapports de confiance entre les parties, pour la même raison. Il faut donc en revenir à une justification ingénieuse, quoique non satisfaisante, proposée par un auteur, selon lequel l'obligation de l'une des parties étant manifestement inexécutée, l'intervention du juge n'aurait plus de raison d'être, si bien que la règle de l'article 1184 du Code civil resterait sauve (33). L'effet de la force majeure serait de libérer le débiteur de son obligation, l'exonérant par-là même de toute responsabilité du fait de l'inexécution. Dans un contrat synallagmatique, par suite de la corrélation existant entre les deux obligations, l'impossibilité d'exécuter frappant l'une des parties entraînerait la résiliation du contrat, résiliation que l'on pourrait qualifier d'automatique.

Cette thèse, défendable dans le cadre d'un contrat de droit civil, ne saurait s'appliquer au contrat de travail dans la mesure où intervient la notion de suspension. En effet, si le contrat est suspendu, l'inexécution des obligations par les parties est normale et ne saurait servir de soubassement à un raisonnement tendant à admettre la résiliation automatique, puisque la suspension est justement destinée à éviter la rupture des relations contractuelles. Le salarié est protégé de la rupture par la suspension du contrat et on ne peut laisser à l'autre partie le soin de décider arbitrairement à quel moment cette protection donnée par la suspension doit cesser de s'appliquer ; et on opposerait vainement que la suspension pour maladie n'est pas une cause de suspension légale. En effet, s'il est certain que la maladie n'est qu'une cause de suspension conventionnelle ou d'origine jurisprudentielle, il appartient au juge, et à lui seul, de trancher le conflit qui oppose les parties sur ce point.

Seul un trouble apporté à l'entreprise par l'inexécution du contrat permet à l'employeur d'y remédier en procédant au remplacement du salarié malade. Mais ceci ne constitue pas une justification de la dispense de s'adresser au juge, le péril ne paraissant pas, a priori, si grand que l'employeur ne puisse demander au juge de prononcer la résiliation. Aucune justification n'est vraiment satisfaisante et force est de constater que la jurisprudence a admis la rupture immédiate des relations de travail sans que la partie qui y procède ait à suivre les directives de l'article 1184 du Code civil. Le droit du travail s'écarte ici des principes du droit commun des contrats synallagmatiques.

162. — Le dédoublement fonctionnel du droit de résiliation unilatérale, s'il paraît fortement marqué par son aspect sanctionnateur en cas d'inexécution fautive, semble ici se caractériser

(33) Note Morel sous Civ. 22 décembre 1920, S. 1922-I-370.

par un aspect libérateur dont la finalité n'est pas celle en vue de laquelle ce droit avait été institué. Il y a donc incontestablement une augmentation du rôle joué par la résiliation unilatérale, qui tend d'ailleurs à s'imposer dans un autre domaine : en effet, la jurisprudence tend également à admettre l'introduction de la résiliation unilatérale dans le cadre du contrat à durée déterminée.

§ 2. — *L'introduction de la résiliation unilatérale dans le contrat à durée déterminée.*

163. — Par le fait que chaque partie bénéficie d'un droit de résiliation unilatérale discrétionnaire, il semble que la théorie de la résolution pour inexécution ait largement été abandonnée dans le cadre du contrat à durée indéterminée. Par contre, en principe, elle devrait revêtir une importance primordiale dans le contrat à durée déterminée puisque l'article 23 Livre I du Code du travail ne doit s'appliquer qu'au contrat à durée indéterminée. Le contrat à durée déterminée ne peut prendre fin que par l'arrivée du terme et la partie qui a à se plaindre de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat doit, selon le droit commun des contrats synallagmatiques, s'adresser au juge sur la base de l'article 1184 du Code civil. Ce dernier acceptera ou refusera la résiliation demandée et accordera éventuellement des dommages et intérêts. Le fait, pour un contractant, de mettre fin de façon anticipée au contrat temporaire est un manquement à la parole donnée. Cette rupture unilatérale engage normalement sa responsabilité (34).

Le principe du recours à la justice pour pouvoir rompre un contrat à durée déterminée semblait avoir de tout temps été affirmé par la jurisprudence. Si l'une des parties prétend avoir contre l'autre des griefs suffisants pour motiver la résiliation du contrat, cette résiliation doit être demandée en justice. « La rupture unilatérale sans intervention d'une décision judiciaire peut constituer un droit à indemnité au profit de celui qui la subit et à la charge de celui qui l'impose » (35). L'affirmation de la nécessité du recours au juge peut être encore relevée dans un arrêt récent de la Cour de Paris : « Considérant qu'un contrat de travail à durée déterminée ne peut être rompu par la volonté d'une seule des parties, il ne peut y être mis fin que par l'action en résolution judiciaire en application de l'article 1184 Code civil » (36).

164. — Mais, en réalité, bien que le principe soit ainsi fermement rappelé, la doctrine et la jurisprudence admettent que le

(34) *Infra*, n° 351.
(35) Civ. 15 juin 1914, D. 1918-I-32.
(36) Paris 22e ch. 20 mars 1962, J.C.P. 1962-II-12672, note P. Bizière, voir Arrêt de cassation ; Soc. 1er juillet 1964, D. 1964-577 ; dans le même sens T. civ. Seine 13 juin 1957, J.C.P. 1957-II-10198, note B.P.

recours au juge n'est pas obligatoirement préalable à la rupture (37). Ainsi, dans l'arrêt précité du 15 juin 1914, la Chambre civile ajoutait : « Toutefois... la partie qui a rompu le contrat peut opposer un moyen de défense pris de ce que l'autre partie a rendu la résiliation nécessaire en n'exécutant pas les obligations qui lui incombaient » (38). C'est admettre que la rupture puisse être immédiate, quitte à ce que l'autre partie qui s'estime lésée intente une action en réparation. Lors de cette action, le défendeur par voie reconventionnelle demande la résiliation du contrat. La jurisprudence actuelle admet cette rupture unilatérale sans intervention préalable du juge. Ainsi, lorsque le contrat prévoit qu'il pourra être rompu « pour faute professionnelle grave », et que lors de sa décision de rupture l'employeur se réfère à cette clause, doit être cassé l'arrêt qui a retenu que l'employeur « aurait dû solliciter des autorités judiciaires la résolution du contrat à durée déterminée » (39). Certes, la portée de cet arrêt peut être minimisée par le fait que la cause de rupture était indiquée dans le contrat et constituait une clause résolutoire de plein droit. Mais la Cour de cassation devait confirmer le principe de la rupture immédiate dans un arrêt postérieur, qui ne fait plus référence à l'existence d'une telle clause résolutoire.

En l'espèce, un représentant avait affirmé, lors de l'embauche, qu'il était libre de tout engagement. Or, au mépris d'une clause de non-concurrence, il avait visité les clients de son ancien employeur et même recruté des représentants de son ancien employeur pour le compte du nouveau. Ce dernier, craignant d'être tenu pour responsable de ces agissements, rompt immédiatement le contrat à durée déterminée du salarié. La Cour de cassation admet que le salarié avait commis une faute grave et que dès lors l'employeur pouvait rompre immédiatement le contrat (40). Le principe du recours à la résolution judiciaire dans le contrat à durée déterminée est donc nettement abandonné et une partie de la doctrine estime que, dans une certaine mesure, sur le plan de la rupture, on assiste à une pénétration certaine de la faculté de rupture unilatérale propre au contrat à durée indéterminée dans la sphère des contrats à durée déterminée (41).

165. — Cet abandon de l'application des principes de l'article 1184 du Code civil est plus grave que pour le contrat à durée indéterminée car, ici, il n'existe pas de droit de résiliation unilatérale qui permette de justifier l'inutilité du recours au juge et le caractère immédiat de la rupture. Un auteur a essayé de justi-

(37) P. Durand et A. Vitu, II, n° 471, p. 887 ; A. Brun et H. Galland, II, 268, p. 537 ; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 3e éd., p. 479 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 278, p. 463. J. Azéma, *La durée des contrats successifs*, p. 184.

(38) Civ. 15 juin 1914, précité.

(39) Soc. 22-5-1964, Bull. 1964-IV, n° 423, p. 344 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, n° 103, p. 332.

(40) Soc. 10 février 1965, J.C.P. 1965-II-14181, note G.H. Camerlynck.

(41) A. Brun, *opus cité*, p. 336. *Contra*. J. Azéma, *opus cité*, p. 185.

fier cette procédure par le recours à la théorie de la rupture par consentement mutuel. Il relève qu'en pratique la révocation brutale n'intervient pas « à l'état pur » mais qu'elle s'accompagne généralement d'une justification juridique. La responsabilité de la rupture serait ainsi rejetée par la partie qui rompt sur l'autre partie, qui en ayant commis une faute grave, aurait elle-même rompu le contrat, ce dont l'autre prend acte. « Celui qui a commis la faute grave aurait révoqué son engagement : à l'opposé, le cocontractant s'empresserait de venir ajouter à cette révocation son adhésion : ainsi la rupture deviendrait parfaite eu égard à l'existence de ce consentement mutuel » (42). Outre le caractère relativement artificiel d'une telle argumentation, qui ne correspond certainement pas à la volonté des parties, il faut remarquer qu'elle ne serait satisfaisante que dans la mesure où la partie qui subit la rupture l'accepte. D'ailleurs, l'auteur en est parfaitement conscient, qui ajoute : « Seulement, si l'existence de la faute ou tout au moins son caractère de gravité se trouvent contestés, tout l'édifice fondé sur une révocation par consentement mutuel s'écroule et il faut revenir, bon gré, mal gré, sur le terrain de la résolution ».

166. — Quant à la jurisprudence, elle s'est prononcée sur les raisons qui militent en faveur de l'abandon du recours préalable au juge. Dans l'espèce précitée du 22 mai 1964, la Cour de cassation précise : « En encaissant diverses sommes à l'insu de son employeur, B. ... avait suffisamment *altéré les rapports de confiance* nés du contret pour rendre impossible la continuation de celui-ci... » (43). La rupture immédiate par voie de résiliation unilatérale se justifierait donc par la perte de confiance qui doit présider aux rapports de travail afin que ceux-ci puissent être fructueux. Cette rupture immédiate, en principe anormale, du contrat à durée déterminée s'explique donc par le fait qu'il ne peut plus rien résulter de bon de la continuation des rapports de travail pendant l'instance judiciaire, si on oblige la partie, victime de la faute grave, à recourir à la résolution judiciaire. Une telle justification peut se concevoir lorsque le cocontractant a commis une faute qui, ayant altéré les rapports de confiance, peut s'analyser en une inexécution patente de ses obligations. Mais faut-il admettre que la force majeure puisse, elle aussi, permettre de rompre unilatéralement et immédiatement le contrat à durée déterminée ?

167. — Les principes qui régissent la suspension du contrat à durée indéterminée s'appliquent également aux contrats à durée déterminée. Les causes de suspension sont identiques et les conséquences en sont analogues à la seule différence que la suspension n'a pas d'effet sur la réalisation du terme. L'arrivée du terme entraîne la cessation du rapport contractuel conformé-

(42) P. Bizière, *Le contrat de travail et l'action résolutoire de l'art.* 1184 *C. civ.*, *I.C.E.* 1962, p. 587 et s.
(43) Soc. 22 mai 1964, précité.

ment à la prévision des parties. Mais, normalement, avant l'arrivée de ce terme, les parties ne sauraient prendre acte d'une rupture qui est formellement écartée par la notion même de suspension. Or cette situation peut se révéler fâcheuse pour le contractant qui a besoin des prestations du cocontractant. Ainsi, lorsque le terme du contrat est encore très éloigné, l'employeur peut se trouver gêné et dans la nécessité de pourvoir le poste du salarié dont le contrat est suspendu. Peut-il dès lors, de sa propre autorité, estimer que l'inexécution de son obligation par le salarié entraîne la rupture, dont il ne fait que prendre acte, ou doit-il recourir à la constatation judiciaire de cette rupture ? L'inexécution des prestations contractuelles dans le contrat à durée déterminée peut-elle entraîner la résiliation automatique ? Si l'on admet que le principe résulte du caractère corrélatif des obligations dans le contrat synallagmatique, on est conduit à appliquer les mêmes règles que pour le contrat à durée indéterminée. De même que l'on considère que l'employeur n'a pas rompu le contrat à durée indéterminée dont il ne fait que constater la rupture du fait de l'impossibilité d'exécution, de même doit-on considérer que la rupture du contrat à durée déterminée est constatée dans des conditions semblables. A partir du moment où l'employeur estime que le remplacement est rendu nécessaire par les besoins de l'entreprise, la jurisprudnce accepte la constatation de la rupture par l'employeur (44).

168. — Si justifiée soit-elle, cette rupture immédiate du contrat à durée déterminée nous paraît extrêmement dangereuse et vient annihiler le seul avantage dont bénéficiait pratiquement le contrat temporaire par rapport au contrat à durée indéterminée, à savoir la garantie de la stabilité d'emploi jusqu'au terme. A partir du moment où les contractants ne sont plus tenus d'avoir recours au juge pour décider de la cessation des rapports contractuels, le contrat à durée déterminée devient tout aussi fragile que le contrat à durée indéterminée (45), sans pour cela bénéficier des garanties prévues pour la rupture de celui-ci. Les mêmes réserves que précédemment doivent être avancées concernant le caractère arbitraire que peut revêtir une constatation de rupture par les contractants eux-mêmes. En effet, le contrôle a posteriori du juge sur le bien-fondé de la mesure prise ne présente pas les mêmes garanties en ce qui concerne la conservation de l'emploi, que le recours préalable et obligatoire, d'autant plus que la réintégration du salarié, victime d'une mesure arbitraire, ne saurait être ordonnée par le juge (46). Mais quelles que soient les réserves que l'on

(44) Soc. 18 janvier 1967, Bull. 1967-IV, p. 44. Toutefois, si une clause du contrat exclut toute possibilité de résiliation unilatérale par l'employeur pour cause de maladie, seule la mort du salarié malade peut entraîner la cessation du rapport contractuel ; Soc. 18 février 1955, Bull. 1955-IV, n° 162, p. 118.

(45) Soc. 26 juin 1968, J.C.P. 1968-IV-140.

(46) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 225, p. 386 ; J. Rivero et J. Savatier, 3e éd., p. 120 et 488 ; G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du Travail*, n° 162 et 363. A Brun, *opus cité*, p. 485 ; J. Pelissier, *La réintégration*

peut avancer face à une telle construction prétorienne, il n'en reste pas moins qu'elle est un fait et qu'elle tend à unifier les régimes de rupture du contrat de travail, du moins quant aux conditions d'exercice de cette rupture. Cette unification réalisée dans la pratique est-elle souhaitable ? Ne s'est-elle pas faite au détriment du salarié ? Pour répondre à ces questions, il nous faut étudier le régime particulier, mais commun de la résiliation pour inexécution.

Section II. — Le régime spécial, mais commun, de la résiliation pour inexécution

169. — La jurisprudence, répondant dans une certaine mesure aux exigences propres du monde du travail, autorise la rupture immédiate par la partie victime, notamment l'employeur (47), sans attendre que la justice se soit prononcée. En pratique, les choses se passent très simplement. Que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée, l'employeur se sépare sur-le-champ du salarié. En règle générale, cette rupture n'intervient pas sans que l'employeur ait pris soin de faire part au salarié des raisons qui l'incitent à se séparer de lui avant le terme prévu, ou sans respecter les dispositions légales ou contractuelles en la matière. Il y a, de ce fait, une justification pseudo-juridique du caractère brutal de la rupture. Le salarié est alors placé devant une alternative. Il peut accepter le fait de la rupture et, dès lors, aucun problème ne se pose. On a soutenu qu'il pouvait s'agir dans de tels cas de rupture par consentement mutuel (48). Mais, le plus souvent, il conteste la mesure dont il est victime et, dès lors, il ne lui reste que la ressource de s'adresser au juge pour obtenir réparation de ce qu'il considère être une injustice. On voit tout de suite la différence fondamentale qui existe entre cette procédure exceptionnelle de rupture et la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. Alors que, normalement, la demande de résolution judiciaire est préalable et que la rupture ne sera acquise que du jour où le juge l'aura prononcée, ici, la rupture prend effet immédiatement et le contrôle judiciaire n'interviendra qu' « a posteriori ».

170. — Cette procédure, inhabituelle en droit civil, n'est pas l'apanage exclusif du droit français. En effet, les pays de la

des représentants du personnel et des délégués syndicaux : conquête ou revendication ? D. 1969, chr. p. 197 ; H. Sinay et G. Lyon-Caen, *La réintégration des représentants du personnel irrégulièrement licenciés*, J.C.P. 1970-I-2335.

(47) Il va sans dire que la jurisprudence accepte la rupture immédiate par le salarié lorsque celui-ci reproche à l'employeur une inexécution grave de ses obligations (Soc. 10 mars 1955, Bull. 1955-IV, p. 162 ; Soc. 28 mars 1966, Bull. 1966-IV, p. 281 ; Soc. 12 janvier 1966, J.C.P. 1966-II-14607, note J. Savatier). Mais les cas sont beaucoup plus rares que le cas inverse. Ainsi le raisonnement portera principalement sur les cas où l'employeur rompt brutalement car les problèmes posés sont plus aigus que dans l'hypothèse où c'est le salarié qui rompt brusquement.

(48) P. Bizière, *Le contrat de travail et l'action résolutoire de l'article* 1184 *C. civ.*, I.C.E. 1962-587 et s. ; P. Durand et A. Vitu, II, n° 471, p. 887.

Communauté Européenne qui connaissent tous la distinction existant entre les deux catégories de contrats, admettent ce régime dérogatoire pour le contrat de travail.

Ainsi, les auteurs belges admettent le droit pour les deux parties de rompre le contrat sur l'heure, sans préavis ou avant terme, en raison d'un motif grave. Il est toutefois souligné que cette faculté constitue pour les parties le moyen de se rendre justice à elles-mêmes sous la simple réserve du constat a posteriori du juge qui appréciera la réalité et la gravité des motifs invoqués (49). En Allemagne fédérale, cette possibilité de résiliation prématurée en cas de motif grave existe également et il est précisé que le motif ne doit pas nécessairement résider dans un comportement fautif du travailleur (50). En Italie, la résolution judiciaire est remplacée par un régime spécial de retrait pour « juste motif » prévu par l'article 2119 du Code civil italien (51). La « juste cause » est avant tout un grave manquement mais elle peut être aussi un cas de force majeure. Enfin, le droit luxembourgeois reconnaît la même faculté de résiliation immédiate extrajudiciaire mais les auteurs prennent soin de faire remarquer que les parties peuvent recourir à la résiliation par voie de justice, notamment si celui qui se prétend lésé veut réclamer une indemnisation (52).

Il existe donc, dans le cadre particulier du contrat de travail, une possibilité pour les parties de rompre le contrat sans respecter leurs engagements. Le contrôle du bien-fondé de cette rupture se fait « a posteriori ». Mais, ce qui est important, c'est que la distinction des contrats fondée sur la durée ne joue aucun rôle, ce qui entraîne une ébauche de statut unique que l'on doit, d'ores et déjà, essayer de dégager.

§ 1. — *Le caractère immédiat de la rupture.*

171. — La première caractéristique du régime particulier de la résiliation du contrat de travail réside dans la brusquerie de la rupture. Dans le contrat à durée déterminée, elle intervient avant le terme et peut surprendre la partie qui la subit. Dans le contrat à durée indéterminée, la rupture se produit sans préavis et sans indemnités. Le mécanisme même de la rupture est très simple et,

(49) P. Horion, in *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg 1965, p. 202, n° 68. *Adde* du même auteur, *L'inexécution des contrats en matière de droit du travail en Belgique*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, 1968, p. 353.

(50) Dr G. Boldt, *Le contrat de travail dans les pays membres de la C.E.C.A.*, p. 290, n° 81. *Adde :* M. Panayotopoulos, *opus cité*, p. 52.

(51) Luigi Mengoni, *Le contrat de travail dans les pays membres de la C.E.C.A.*, p. 500. *Adde* : La stabilité de l'emploi, Luxembourg, 1958, p. 243-258 et s. ; R. Corrado, *L'inexécution du contrat en droit italien*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, 1968, p. 389.

(52) A. Kayser, *Le contrat de travail dans les pays membres de la C.E.C.A.*, p. 572, n° 86 ; A. Elvinger, *Les sanctions de l'inexécution dans le Grand-Duché de Luxembourg*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, 1968, p. 393.

à première vue, il semble que le contractant qui veut se libérer utilise le mécanisme de la résiliation unilatérale, dans la mesure où il lui suffit de décider, à un moment donné, volontairement et unilatéralement de cesser les relations contractuelles. En matière de contrat à durée indéterminée, une telle utilisation du droit de résiliation unilatérale apparaît normale dès lors que l'usage, la convention collective ou les textes légaux admettent qu'en cas de faute grave, l'autre partie sera dispensée de respecter les garanties prévues. De là à penser que le fondement même de la rupture dans un tel cas était la volonté d'utiliser le droit de résiliation unilatérale de l'article 23, il n'y avait qu'un pas qu'une partie de la doctrine franchit allègrement, étudiant comme deux choses totalement différentes la rupture immédiate dans le contrat à durée indéterminée, et la brusque rupture dans le contrat à durée déterminée (53). Récemment, toutefois, M. Camerlynck s'est demandé si, en réalité, il n'existait pas une confusion doctrinale entre les deux institutions, d'une part, « la résolution pour inexécution fautive » et, d'autre part, « la résiliation unilatérale par l'employeur, la faute grave du salarié étant seulement privative du droit à indemnité » (54), confusion confirmée par la technique jurisprudentielle. Celle-ci, dans la grande majorité des cas, estime, en effet, que l'employeur a utilisé l'article 23 et que le fait de la faute grave empêche l'application des garanties dues en cas d'utilisation du droit de résiliation unilatérale.

172. — En réalité, suivant en cela M. Camerlynck, nous estimons que le fondement de la rupture se trouve dans l'inexécution par le cocontractant de ses obligations, mais nous allons plus loin, en ce sens que celle-ci, fautive ou non, va conduire à la rupture immédiate lorsque le bon fonctionnement de l'entreprise peut en être affecté. Ainsi, la rupture elle-même s'explique par la notion de résolution du contrat pour inexécution, alors que le caractère immédiat trouve son fondement *dans l'urgence* qui existe en fonction de l'intérêt de l'entreprise.

a) *Le fondement même de la rupture doit être recherché dans l'inexécution, qu'elle soit fautive ou non.*

173. — 1° En matière de rupture pour faute, la démonstration de cette affirmation est aisée. Il suffit, en effet, de comparer la jurisprudence intervenue en matière de faute justifiant la résiliation immédiate du contrat à durée déterminée et en matière de faute motivant la rupture immédiate avec suppression des garanties dans le cadre du contrat à durée indéterminée. L'identité de nature ne peut faire aucun doute et la doctrine a relevé ce phénomène (55). Quelques exemples, parmi une multitude de cas jugés, suffiront pour nous en convaincre. Ainsi, la négligence dans le

(53) P. Durand et A. Vitu, II, n° 451, p. 854 et n° 471, p. 886.
(54) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 157, p. 278.
(55) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 277, p. 462.

travail (56), l'indélicatesse (57), les absences non justifiées du salarié (58), les voies de fait (59), le travail effectué par un tiers (60) etc., ont été considérés par la jurisprudence comme des fautes justifiant tant la rupture du contrat à durée déterminée avant terme que la rupture sans indemnités du contrat à durée indéterminée. Dans les deux cas, la faute est celle qui « est de nature à rendre impossible le maintien des relations contractuelles » (61) et elle constitue une inexécution du contrat, condition posée par l'article 1184 du Code civil pour pouvoir normalement demander la résolution judiciaire.

174. — Dans les deux cas, lorsque l'employeur se décide à se séparer du salarié, c'est en raison de la faute commise par ce dernier et non en raison de la volonté d'utiliser le droit de résiliation unilatérale qui lui permet de se libérer dans le contrat à durée indéterminée. La cause de la rupture est à rechercher dans l'inexécution fautive des obligations contractuelles et non dans le désir de se libérer du lien contractuel. Si une certaine confusion a pu se produire, cela est dû, dans une large mesure, au fait que le législateur a cru devoir subordonner l'octroi des garanties du contrat à durée indéterminée à l'absence de faute grave. Mais cette intervention du législateur est récente et ne faisait qu'entériner les dispositions des conventions collectives ou les décisions jurisprudentielles qui subordonnaient l'octroi des garanties conventionnelles à l'absence de faute grave de la part du salarié (62).

175. — Nous pensons que cette exclusion des garanties en cas de faute grave est, en réalité, rattachée à la technique de la résolution judiciaire. En effet, la Cour de cassation n'admet pas que les juges du fond réduisent le préavis en fonction de la gravité

(56) Les exemples ont été, autant que possible, choisis parmi des espèces rendues à des dates assez rapprochées. Ainsi les erreurs graves relevées dans la comptabilité tenue par le directeur d'une petite entreprise ont été considérées comme une faute de négligence justifiant la rupture de son contrat à durée déterminée (Soc. 24 janvier 1957, I.C.E. 1957-305). Peu de temps après la même chambre jugeait que la conduite peu rationnelle d'une petite brasserie, notamment en raison de faute et négligence, justifiait la rupture sans indemnité du contrat à durée indéterminée du gérant (Soc. 25 octobre 1957, Bull. IV, p. 714).

(57) Le fait de dresser des situations et bilans faux (contrat à durée déterminée), Soc. 18 janvier 1962, I.C.E. 1962-869 ; remise occulte de sommes aux salariés (contrat à durée indéterminée), Soc. 5 juillet 1962, J.C.P 1962-IV-114.

(58) Maladie non justifiée (contrat à durée déterminée Soc. 26 avril 1955, Droit Social 1955-493 ; contrat à durée indéterminée, Soc. 24 octobre 1947 Droit Social 1948-71) ; abandon injustifié du travail (contrat à durée déterminée, Soc. 25 mars 1963, Bull. 1963-IV, p. 233 ; contrat à durée indéterminée, Soc. 9 février 1966, J.C.P. 1966-IV-42 ; Soc. 19 juillet 1966, D. 1967-51).

(59) Contrat à durée déterminée (Soc. 11 mars 1955, Bull. 1955-IV, p. 178) ; contrat à durée indéterminée (Soc. 2 juillet 1954, Bull. 1954-IV, p. 361).

(60) Contrat à durée déterminée (Soc. 13 mars 1947, Droit Social 1948-70) ; contrat à durée indéterminée (Soc. 9 novembre 1965, Bull. 1965-IV, p. 648)

(61) Soc. 13 février 1963, J.C.P. 1963-II-13383, note P. Bizière.

(62) Civ. 9 juillet 1901, D.P. 1902-I-128 ; Civ. 6 août 1912, D.P. 1915-I-32 ; Civ. 16 décembre 1925, S. 1925-I-375 ; Soc. 23 mai 1945, D. 1946-396.

de la faute. Si le juge du fond décide qu'il y a faute, le préavis doit être complètement supprimé (63) et ne peut faire l'objet d'une réduction proportionnelle à la gravité de la faute. Un auteur estime qu'en agissant ainsi, la Cour Suprême marque « sa répugnance à l'égard des larges pouvoirs d'appréciation reconnus aux juges du fond » (64). Ne vaudrait-il pas mieux y voir l'affirmation que cette faute est celle qui aurait permis la résiliation judiciaire ? Dès lors, la rupture ne se rattache pas à l'exercice du droit de résiliation unilatérale et les garanties ne peuvent plus s'appliquer. Si, par contre, la faute n'est pas assez grave pour entraîner la résiliation judiciaire, la rupture intervenue ne peut être analysée qu'en un exercice du droit de résiliation unilatérale et, dès lors, les garanties doivent s'appliquer intégralement.

L'intervention du législateur, en introduisant la faute grave dans l'article 23 Livre I du Code du travail, est maladroite car elle laisse croire que la résiliation unilatérale peut avoir une fonction sanctionnatrice.

176. — 2° En cas d'inexécution non fautive, le problème est compliqué par l'introduction de la notion de suspension et la consécration de ce principe par le législateur. Normalement, l'inexécution des obligations contractuelles de la part du salarié devrait entraîner la résolution judiciaire du contrat, et la jurisprudence permet à l'employeur de demander celle-ci lorsque le salarié est empêché de fournir ses prestations (65). Mais le désir de protection du contractant le plus faible a conduit le législateur à accorder la suspension du contrat lorsqu'un événement de force majeure temporaire survient dans la personne du salarié. Il en est ainsi en cas de grossesse de la femme salariée (66), des obligations militaires (67), de la grève (68), etc. Dans ces cas, le contrat est simplement suspendu ; il subsiste de telle sorte que le salarié pourra reprendre son emploi à la fin de l'empêchement. L'employeur ne peut tirer argument de cette inexécution pour obtenir la résolution judiciaire.

(63) Civ. 30 juin 1926, D.P. 1927-I-69, note C.F. ; Soc. 4 avril 1941, D.A. 1941-295 ; Soc. 3 juin 1970, J.C.P. 1970-IV-197.

(64) P. Durand et A. Vitu, II, n° 451, p. 855.

(65) Paris 10 novembre 1967, D. 1968, p. 108, J.C.P. 1968-II-15409 ; Droit ouvrier 1968-176.

(66) Art. 29 L. I C. trav. complété par la loi du 30 décembre 1966, voir *infra*, n° 234.

(67) Art. 25 à 28 L. I du C. trav. Ces articles ne concernent que les périodes militaires ou le rappel sous les drapeaux. En matière de service militaire légal, on considère que le contrat de travail est rompu mais l'art. 25 a accordé un droit de réintégration dans l'entreprise au retour du service militaire. En général, les conventions collectives s'occupent minutieusement de ces questions et vont parfois jusqu'à considérer cette période comme une période de suspension du contrat. C.C.N. des industries du bois, de fabrication du verre à la main, de l'habillement et des métaux de la région parisienne. Dans un tel cas, le refus de réintégration, même en cas de suppression d'emploi, doit conduire à l'octroi de l'indemnité de préavis. Voir G.H Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 126, p. 225 et s.

(68) Loi du 11 février 1950 art. 4 : « La grève ne rompt pas de contrat de travail sauf faute lourde », sur ce problème voir H. Sinay, *La grève, opus cité*, n° 113 et s., p. 254 et s.

177. — Mais un problème se pose en cas d'accident ou de maladie (69). La jurisprudence estime depuis longtemps que si l'événement de force majeure est temporaire, il ne saurait entraîner la résiliation du contrat qui sera seulement suspendu. Pour cela, elle se base sur le fait que la maladie « ne peut être considérée comme une preuve que le salarié avait l'intention de rompre son contrat » (70). Un arrêt de principe de la Cour de cassation devait d'ailleurs affirmer en 1934 : « La maladie du salarié ne rompt pas de plein droit le contrat de travail » (71). Depuis, la jurisprudence, approuvée en cela par la doctrine, admet le principe de la suspension en cas de maladie de courte durée. Mais quel est le fondement de cette solution jurisprudentielle ? Sur quel texte les juges peuvent-ils asseoir la suspension ?

Certains auteurs ont depuis longtemps affirmé la portée générale de l'article 1184 du Code civil en décidant qu'il n'y avait pas à distinguer d'où provenait l'inexécution, de la faute ou de la force majeure (72). La condition résolutoire procédant d'un défaut de cause, on doit conclure à l'application de l'article 1184 du Code civil toutes les fois que la cause disparaît, pour quelque motif que ce soit (73), et la jurisprudence a toujours admis que la résolution judiciaire peut être demandée en justice même lorsque l'inexécution est la conséquence d'un cas de force majeure (74). Mais, qui peut apprécier si l'événement de force majeure est tel qu'il doive entraîner la résiliation ? Seul le juge peut mesurer l'ampleur de l'événement et seul il peut décider si cette ampleur doit ou non entraîner la rupture du lien contractuel. L'article 1184 du Code civil, qui est le texte de base de la résiliation judiciaire, est a fortiori le texte de base de la suspension. Si le juge n'accorde pas la résolution judiciaire, c'est parce qu'il estime que, malgré l'obstacle que constitue l'événement de force majeure, le contrat a encore des chances de se poursuivre dans l'avenir, lorsque cet obstacle aura disparu. Dès lors, le contrat n'est pas rompu, il est suspendu. Et certains auteurs vont même jusqu'à fonder la suspension sur l'article 1184, in

(69) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 424, p. 808 ; *M. Planiol et G. Ripert* par A. Rouast, t. XI, n° 851 bis et 856 ; J. Vincent, *La dissolution du contrat de travail*, Thèse, Lyon 1935, p. 572 et 588.

(70) Req. 28 juillet 1897, D.P. 1898-I-16 ; Req. 20 juillet 1920, D.P. 1921-35 (2 espèces).

(71) Civ. 3 août 1934, G.P. 1934-2-644 ; Civ. 3 décembre 1934, D.H. 1935, p. 84.

(72) Aubry et Rau, t. IV, § 302 ; Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., n° 77, p. 136.

(73) Voir, cependant, *contra* : J. Radouant, *Du cas fortuit et de la force majeure*, Thèse, Paris 1920, p. 268 et s. Selon cet auteur, l'alinéa 2 de l'art. 1184 C. civ., en n'envisageant que la résiliation prononcée avec des dommages-intérêts, neutraliserait cet argument.

(74) M. Planiol et G. Ripert, t. VI, « obligations », p. 562 ; Guy de Bois-Juzan, *De la cause en droit français*, Thèse, Bordeaux 1939, p. 408 et 409 ; Cassin, « *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution* », R.T.D. Civ. 1945, p. 171. Jurisprudence récente Paris 10 novembre 1967, J.C.P. 1968-II-15409 (incarcération du salarié).

fine, qui déclare que le défendeur pourra se voir accorder par le juge un délai « suivant les circonstances » (75).

178. — La rupture du lien contractuel pour cas de force majeure est devenue très rare du fait de l'intervention du législateur qui est venu consolider les résultats obtenus par la jurisprudence dans le domaine de la suspension de l'exécution des obligations contractuelles. Mais il ne fait aucun doute que, lorsque l'employeur se décide à remplacer le salarié dont le contrat est suspendu, il n'a pas dans l'idée d'utiliser son droit de résiliation unilatérale ; il estime, en réalité, que l'inexécution, en se prolongeant, ne rend plus possible la continuation du contrat et c'est cette inexécution qui est le véritable fondement de la rupture.

Que l'inexécution soit fautive ou non, c'est elle qui est à la base de la rupture. Lorsque l'employeur rompt le contrat, que celui-ci soit à durée déterminée ou non, il se prévaut de l'inexécution des obligations contractuelles, qui est le fondement même de l'action en résolution judiciaire, et non de son droit de rompre le contrat par voie de résiliation unilatérale, ce qui est normalement impossible dans le cadre du contrat à durée déterminée. Mais, si tel est le fondement, on se doit d'admettre que le mécanisme même de la rupture s'apparente à l'utilisation d'un droit de résiliation unilatérale dans la mesure où la rupture intervient sur-le-champ, par la seule volonté de l'employeur qui estime l'inexécution suffisante quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le contrat.

b) *Dès l'instant où l'inexécution est constatée par l'employeur, la rupture peut être immédiate.*

179. — La doctrine s'est penchée sur ce problème et, dans la majorité des cas, elle justifie la brutalité de la rupture par le caractère personnel des relations de travail (76). Il semble d'ailleurs que la jurisprudence ait suivi la doctrine sur ce point puisqu'on peut lire, dans un arrêt, que l'attitude du salarié « avait suffisamment altéré les rapports de confiance nés du contrat pour rendre impossible la continuation de celui-ci » (77). Le caractère personnel du contrat serait donc la meilleure des justifications : le contrat de travail étant basé sur des rapports d'ordre personnel très marqués, la perte de la confiance réciproque est de nature à rendre les relations insupportables (78). De plus, il paraît difficile de conserver le caractère fructueux des relations

(75) J. TREILLARD, *De la suspension des contrats*, in « La tendance à la stabilité du raport contractuel », p. 73. *Contra :* T. YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat de travail*, p. 16.

(76) P. DURAND et A. VITU, II, n° 451, p. 853 et n° 471, p. 887 ; G.H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, t. I, n° 157, p.279 et n° 278, p. 463 ; A. BRUN, *La jurisprudence en droit de travail*, p. 335. J. AZEMA, *opus cité*, p. 284..

(77) Soc. 22 mai 1964, Bull. 1964-IV, n° 423, p. 344.

(78) A. BRUN, *opus cité*, eod. loc.

contractuelles lorsque les parties sont séparées par un différend judiciaire.

180. — Une telle justification paraît au premier abord acceptable. Mais elle ne saurait nous satisfaire entièrement car elle est insusceptible de s'appliquer à la rupture du contrat pour cas de force majeure. Lorsque la rupture du contrat est fondée sur l'inexécution pour cas de force majeure, le recours au caractère personnel des relations contractuelles ne saurait, en effet, expliquer le caractère immédiat de la rupture.

Nous préférons, pour notre part, recourir à une justification plus large dans laquelle pourra s'intégrer la justification avancée dans la rupture pour faute grave. Le fondement du caractère immédiat de la rupture doit être recherché dans le bon fonctionnement de l'entreprise, c'est-à-dire dans l'intérêt même de l'entreprise. Chaque fois que l'inexécution des obligations contractuelles est susceptible de nuire ou de causer un dommage à l'entreprise, notamment en en altérant le bon fonctionnement, le lien contractuel pourra être rompu sur-le-champ (79).

181. — Une telle justification nous semble recouvrir les deux éléments constitués par l'inexécution fautive ou non. Il faut d'ailleurs remarquer que la doctrine se dirigeait confusément vers cette justification. Ainsi, Paul Durand, après avoir justifié le caractère immédiat de la rupture par la notion de rapports personnels, ajoutait de manière assez contradictoire : « Le maintien de ces rapports, entre un employeur et un salarié séparés par un différend judiciaire, risquerait d'être source de trouble dans l'établissement » (80). De même, M. Brun estime que si le caractère personnel est une justification, cette considération doit être complétée pour rendre compte du mécanisme de la rupture : « C'est un acte de légitime défense destiné à sauvegarder, dans une juste réciprocité, les intérêts, soit du salarié, soit de l'entreprise, qui sont gravement menacés. Le chef d'entreprise responsable de l'ordre doit réagir contre un trouble profond imputable au salarié » (81). L'exclusion prématurée du salarié est justifiée par le danger que court l'entreprise, si le salarié reste à son poste. Cette évolution de la pensée de la doctrine reste toutefois exclusivement attachée au caractère fautif du comportement des parties et le problème est le plus souvent esquivé lorsqu'il s'agit de justifier l'exception au recours judiciaire pour le cas de force majeure (82).

Toutefois, dans une étude très récente, un auteur fonde le contrôle a posteriori du juge, et donc le caractère immédiat de la

(79) Voir M. Despax, « *La vie extraprofessionnelle du salarié et ses incidences sur le contrat de travail* », J.C.P. 1963-I-1776. *Adde* : Soc. 11 mars 1964, J.C.P. 1964-II-13678 et la note.

(80) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 471, p. 887.

(81) A. Brun, *opus cité*, p. 335 ; Soc. 1er février 1957, I.C.E. 1957, p. 728 ; Soc. 5 janvier 1959, Bull. 1959-IV, n° 12, p. 10.

(82) P. Durand et A. Vitu, *opus cité*, n° 470, p. 886 ; G.H. Camerlinck. *Contrat de travail*, I, n° 279, p. 464.

rupture, sur des raisons d'ordre économique : « Un salarié qui ne peut plus collaborer au sein de l'entreprise compromet dans une certaine mesure la rentabilité économique de celle-ci » (83). Ce fondement qui s'appliquerait aussi bien à la faute grave qu'à la suspension pour cas de force majeure, contient une part de vérité et rejoint notre analyse dans la mesure où c'est l'intérêt de l'entreprise qui est en jeu.

182. — 1° En cas d'inexécution fautive, le recours à la notion d'intérêt de l'entreprise semble expliquer, d'une part, que la jurisprudence exige une faute suffisamment grave et, d'autre part et surtout, qu'elle recherche les caractères qui vont déterminer la gravité dans les conséquences de l'acte par rapport à l'entreprise.

183. — Si l'on se reporte à l'article 1184 du Code civil, on remarque que cet article ne fait aucune allusion à la gravité du manquement. Dès l'instant où l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements, l'autre peut demander au juge la résiliation. La seule justification de l'exception au recours judiciaire ne peut alors se concevoir que dans *l'urgence* qu'il y a à rompre le lien contractuel en raison du danger qui menace les intérêts du contractant. Si le salarié peut craindre que l'employeur ne remplisse pas ses engagements, notamment en ce qui concerne la rémunération, le plus souvent c'est l'employeur qui va craindre que le différend judiciaire qui est normalement nécessaire ne trouble le climat de l'entreprise. Or cette urgence ne se conçoit que si la faute commise est d'une gravité telle qu'elle peut avoir pour conséquences celles qui sont redoutées. Le juge du fond devra, lorsqu'il appréciera la tonalité de la faute, faire entrer en jeu ce caractère d'urgence de la mesure à prendre. Ce caractère d'urgence explique d'ailleurs le fait que la faute grave doive être invoquée immédiatement, sinon aucune signification ne pourrait être donnée à la rupture immédiate. Si le comportement fautif est connu depuis longtemps par l'employeur ou n'a pas été réprimé immédiatement, celui-ci ne pourra plus en tirer argument pour procéder à une rupture immédiate (84). En effet, dans ce cas, l'urgence du danger couru par l'entreprise ne saurait être soutenue. C'est ce caractère de péril, de danger pour l'entreprise, qui conduit la jurisprudence à accepter le caractère de gravité donné au fait fautif par l'employeur. Un exemple particulièrement significatif nous est fourni par la jurisprudence de la Cour de cassation qui a déjà donné une définition de ce qui devait être considéré comme une faute grave : « celle qui dénote chez son auteur, du fait qu'il s'est montré inégal aux obligations qui lui

(83) M. Panayotopoulos, *Le contrôle judiciaire du licenciement*, p. 49.

(84) Soc. 18 octobre 1952, I.C.E. 1952, p. 992 ; Soc. 18 juin 1963, I.C.E. 1954-19 ; Soc. 3 mars 1961, Bull. 1961-IV, n° 294, p. 237 ; Soc. 6 juin 1963, J.C.P. 1963-II-13349 ; Soc. 19 février 1964, J.C.P. 1964-IV-50 ; Soc. 29 janvier 1964, Bull. 1964-IV, p. 58 ; Soc. 9 juillet 1965, D. 1965-764 ; Soc. 13 janvier 1966, Bull. IV, p. 47 ; Soc. 25 mars 1966, J.C.P. 1966-IV-70 ; Soc. 26 janvier 1967, J.C.P. 1967-IV-34.

incombaient dans l'exercice de ses fonctions, une incapacité ou une incurie telle *qu'il serait dangereux* pour son employeur de l'y maintenir » (85). En l'espèce, la jurisprudence fait directement allusion au danger couru par l'entreprise pour justifier le congédiement sans préavis. Seule une faute grave peut entraîner cette urgence de la rupture, mais le caractère de gravité sera plus fonction du péril encouru que de la nature même du fait fautif.

184. — Dès lors, la gravité de la faute ne peut s'apprécier qu' « in concreto ». Un comportement légèrement fautif dans certaines circonstances pourra revêtir un caractère de gravité suffisant dans d'autres circonstances selon les conséquences qu'il peut entraîner. Ainsi, le fait de fumer malgré l'interdiction édictée, ne saurait être considéré comme une faute grave justifiant la rupture immédiate du contrat sauf dans le cas précis d'un établissement où sont entreposées des matières hautement inflammables (86). Il y a là, en effet, une négligence coupable dont les conséquences peuvent se révéler désastreuses et qui entraîne normalement la rupture immédiate. De même, seront considérées comme fautes graves celles qui portent directement atteinte à l'autorité de l'employeur (87), ou celles qui manifestent directement une atteinte à la confiance qui doit exister entre les parties (88). Ces comportements fautifs constituent un danger pour l'entreprise qui a besoin, pour fonctionner de façon efficace, d'un chef dont l'autorité ne doit pas pouvoir être mise en question dès lors qu'elle s'exerce normalement, et d'un climat de confiance que l'employeur n'a pas intérêt à voir se dégrader. Le péril couru par l'entreprise est largement considéré dans la notion de faute grave lorsque le comportement fautif porte atteinte aux intérêts de l'entreprise. Seront considérés comme fautes graves, la divulgation de renseignements sur l'entreprise (89), la copie de documents secrets de l'entreprise (90), le fait de se servir de la voiture mise à sa disposition par l'entreprise pour faire concurrence à celle-ci (91). Mais, le contenu de la faute grave n'est pas aisé à déterminer. L'évolution rapide des conditions de travail dans l'entreprise remet constamment en cause l'appréciation des actes

(85) Soc. novembre 1953, I.C.E. 1954-513. Dans une autre espèce, les juges du fond ont déduit des faits qu'ils avaient eux-mêmes constatés que l'incapacité et la négligence du salarié créaient une situation qui en se prolongeant *risquait de porter préjudice à l'entreprise*. Soc. 24 janvier 1957, Bull 1957-IV, p. 58.

(86) Soc. 23 mai 1952, Bull. 1952-IV, p. 326.

(87) Il s'agit ici des cas où le salarié prononce des propos outrageants, commet des voies de fait ou refuse d'obéir à l'employeur. Mais, si l'employeur n'a pas donné suite immédiatement à l'incident et ne le reprend que postérieurement, le fait répréhensible ne sera pas considéré comme une faute grave justifiant la résiliation unilatérale et immédiate du contrat *à durée déterminée* du salarié, Soc. 22 janvier 1969, Bull. 1969-V, n° 37, p. 31.

(88) L'exemple type est ici l'indélicatesse du salarié qui, si elle est intentionnelle, ne peut pas permettre au salarié de conserver son emploi même pendant la durée limitée du préavis ou de l'instance judiciaire.

(89) Soc. 2 mars 1960, Bull. 1960-IV, n° 235, p. 186.

(90) Soc. 26 octobre 1964, D. 1965-43.

(91) Soc. 14 juin 1961, Bull. 1961-IV, n° 633, p. 501.

du salarié. Tel acte mineur qui, autrefois, n'aurait pas été considéré comme une faute grave peut l'être de nos jours si les conséquences qu'il entraîne sont préjudiciables à l'entreprise. En plus de l'élément subjectif généralement inclus dans la notion de faute, vient s'ajouter un élément objectif qui est le risque que fait courir le comportement du salarié à l'entreprise. Les juges qui doivent apprécier le comportement fautif donnent souvent la prépondérance à cet élément objectif (92).

L'intérêt de l'entreprise nous semble donc largement considéré dans la justification du recours à la rupture immédiate lorsque le salarié à commis une faute qui est analysée en une inexécution de son contrat de travail. Mais cet intérêt de l'entreprise se retrouve-t-il lorsque l'inexécution est due à un événement de force majeure intervenant dans la personne du salarié ? En effet, il paraît plus difficile dans ce cas de soutenir que l'attitude du salarié cause un préjudice qui entraîne l'urgence de la rupture.

185. — 2° Lorsque l'inexécution des obligations contractuelles procède d'un événement de force majeure, le droit du travail a admis que le contrat ne pouvait être considéré comme rompu, mais simplement suspendu. Or cette suspension n'est qu'une chance donnée au contrat, dans la mesure où elle implique un pari sur la durée limitée de l'empêchement intervenu. La suspension du contrat en cas de force majeure ne peut se concevoir que si l'événement qui intervient est temporaire, c'est-à-dire si le contrat à une chance de pouvoir être continué lorsque l'obstacle qui le paralyse aura disparu. S'il est relativement facile de chiffrer approximativement d'avance la durée de certaines périodes de suspension telles que la grossesse, les obligations militaires, les fonctions publiques ou professionnelles, il n'en est pas de même de la maladie dont on ne sait pas toujours a priori combien de temps elle risque de durer. La courte maladie est incontestablement un empêchement temporaire qui ne fait pas obstacle à la reprise des relations de travail (93). Mais la maladie qui se prolonge peut rendre nécessaire la rupture du contrat. La détermination du délai, pendant lequel on pourra considérer que la maladie est de courte durée, est une question d'espèce et est

(92) Soc. 23 juin 1960, G.P. 1960-2-410, I.C.E. 1961-312. En l'espèce, la Cour de cassation casse un jugement qui avait cherché à déterminer si le salarié avait agi avec imprudence ou dans une intention délibérée. *Adde :* Soc. 16 juillet 1963, D. 1963-658, S. 1964-68, I.C.E. 1963-986. En l'espèce, un représentant avait laissé pendant la nuit sa voiture chez un carrossier sans la fermer à clé. Une collection de valeur lui avait été dérobée. La Cour de cassation s'est contentée de la constatation du fait objectif de la négligence qui, ayant entraîné de graves conséquences pour l'employeur, constituait la faute grave justifiant le licenciement immédiat sans préavis. *Adde :* Soc. 19 mars 1969, J.C.P. 1969-IV-116, « Des fautes *techniques* graves commises par un ingénieur justifient la rupture de son contrat de travail sans préavis ».

(93) M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français* par A. Rouast, t. XI, n° 851 bis et 856 ; J. Vincent, *La dissolution du contrat de travail*, p. 572 et 588 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 424, p. 808 ; A. Brun *La jurisprudence en droit du travail*, p. 362 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 130, p. 233.

normalement appréciée, de façon souveraine, par les juges du fond sauf lorsque les conventions collectives précisent les délais pendant lesquels le salarié doit être considéré comme protégé par la suspension de son contrat (94). Mais, hors ce cas, quand peut-on considérer qu'une maladie se prolonge de telle sorte qu'elle constitue pour l'employeur un véritable cas de force majeure (95) ? En dehors des prescriptions claires d'une convention collective on ne peut savoir, a priori, à quel moment la prolongation de la maladie va mettre fin à la suspension. Nous avons vu que la jurisprudence, ne pouvant se baser sur le critère objectif de la durée, lui substitue celui de la nécessité du remplacement du salarié dans l'intérêt de l'entreprise. Le salarié malade va cesser d'appartenir à l'entreprise si son remplacement s'avère indispensable (96). Dès lors que l'intérêt de l'entreprise est en jeu, l'employeur, ayant attendu jusqu'à la dernière limite, est obligé de procéder au remplacement du salarié et, pour ce faire, il avertira le salarié malade de l'obligation dans laquelle il se trouve de considérer le contrat de travail comme rompu.

Dans ce cas, le fait que l'employeur ne s'adresse pas au juge préalablement à la rupture peut sembler plus critiquable. En effet, ayant déjà attendu un certain temps, il pourrait encore attendre l'issue d'une procédure judiciaire. Mais, c'est oublier que l'employeur a attendu dans la limite du possible et que c'est en raison de l'obligation de *remplacement urgent* qu'il a pris la décision de considérer le contrat comme rompu par la force majeure. Dans ce cas, comme pour le cas de faute grave, c'est la notion de nécessité et d'urgence dans laquelle il se trouve d'assurer le bon fonctionnement de l'entreprise qui pousse l'employeur à considérer qu'il y a rupture immédiate du lien contractuel (97). La différence de fondement existant lors d'une telle rupture et lors de la rupture par voie de résiliation unilatérale est certainement moins évidente que dans le cas de la faute grave, mais elle existe réellement, et il semblerait que la jurisprudence en ait pris conscience.

186. — La jurisprudence, jusqu'en 1960, considérait, en effet, que la maladie qui se prolongeait constituait seulement pour l'employeur une cause légitime de licenciement. Lorsqu'il ne

(94) M. Despax, *Les conventions collectives*, in *Traité de Droit du Travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, t. VII, n° 151.

(95) Sur ce problème G. Preau, *La maladie du salarié et sa répercussion sur le contrat de travail*, Q.P. 1939-961 ; E. Nerry, *Influence de la maladie ou de l'accident sur le contrat de louages de services*, Q.P. 1942, p. 1 ; Ducros, *La maladie ou l'accident et le contrat de travail*, Droit Ouvrier 1950-1 ; Boiteau, *Les conséquences de la maladie sur le contrat de travail*, Q.P. 1952-905 ; P. Sornay, *La maladie du salarié*, D. 1958, chr. p. 165 ; G.H. Camerlynck, *La maladie du salarié constitue-t-elle un cas de force majeure ?* J.C.P. 1961-I-1609 ; M. Forrest, *Licenciement pour maladie*, Droit Ouvrier 1961-205.

(96) Civ. 6 mars 1933, D.H. 1933-235 ; Soc. 25 mai 1944, Q.P. 1945-100 ; Soc. 25 mars 1957, Bull. 1957-IV, p. 226 ; Soc. 13 janvier 1965, D. 1965, som. p. 84 ; Soc. 20 juin 1966, Bull. 1966-IV, p. 512 ; Soc. 18 janvier 1967, J.C.P. 1967-IV-30.

(97) Soc. 25 mars 1969, Liaisons Sociales, Législation sociale, n° 3513 A1

pouvait attendre la guérison du salarié pour des raisons touchant à la continuité de son exploitation, l'employeur procédait à un licenciement qui ouvrait droit pour le salarié aux indemnités de rupture (98). Mais, dans son arrêt du 14 décembre 1960, la Cour Suprême opère un revirement de jurisprudence en décidant que « la maladie d'un salarié *peut,* par sa prolongation, devenir un cas de force majeure entraînant la rupture du contrat de travail » (99). Dès lors, on doit considérer que l'employeur n'a pas utilisé son droit de résiliation unilatérale, mais la faculté de l'article 1184 du Code civil en raison de l'inexécution prolongée des obligations du salarié. Ce fait lui cause un préjudice dans la mesure où il affecte le bon fonctionnement de son entreprise.

187. — Dans une hypothèse comme dans l'autre, le fondement de la rupture doit donc être recherché dans l'inexécution des obligations contractuelles conduisant normalement à l'application de la technique de la résiliation judiciaire. Mais l'exception au recours préalable au juge trouve, selon nous, sa justification dans l'*urgence de la rupture,* urgence nécessitée par l'intérêt de l'entreprise. Le juge admet que l'employeur utilise cette procédure rapide dans le seul but d'éviter des inconvénients dans le fonctionnement de son entreprise. Aussi, l'employeur surtout (100), va user de cette possibilité que reconnaît la jurisprudence aux parties, de cesser unilatéralement les relations contractuelles lorsque le cocontractant ne remplit pas ses obligations et, ce faisant, risque d'apporter un trouble certain dans la marche de l'entreprise. Le juge ayant ainsi volontairement abandonné ses prérogatives, ne peut plus disposer que d'un contrôle « a posteriori ». Mais ce contrôle, intervenant après que la rupture du lien contractuel soit consommée, n'est pas aussi satisfaisant pour la partie victime de la rupture que le contrôle, obligatoirement préalable, dans la procédure normale de résolution judiciaire.

§ 2 . — *Le contrôle judiciaire « a posteriori ».*

188. — Lorsque l'employeur utilise cette technique de résiliation immédiate pour faute grave ou pour force majeure, le salarié se trouve placé devant une alternative. Ou bien il accepte le fait et, dès lors, aucun contrôle judiciaire n'est pensable. On pourrait analyser une telle attitude comme constituant l'acceptation à une offre de résiliation par consentement mutuel. Ou bien il conteste l'existence de la faute grave ou la nécessité dans laquelle

(98) Sur la jurisprudence antérieure à 1960 et sur son analyse voir P. Sornay, *La maladie du salarié et le contrat de travail.* Tableau de la jurisprudence de la Cour de cassation, D. 1958, chr., p. 165.

(99) Soc. 14 décembre 1960, J.C.P. 1961-II-11985. Elle confirme d'ailleurs le revirement ; Soc. 28 novembre 1962, Bull. IV, p. 706.

(100) Le salarié a aussi la faculté de cesser immédiatement d'exécuter ses obligations lorsque l'employeur manque gravement aux siennes. Le fondement du caractère immédiat de la rupture se trouve dans une idée de défense légitime de ses intérêts. L'idée est donc sensiblement la même.

se trouvait l'employeur de pourvoir à son remplacement. Il s'adresse alors au juge pour se faire rendre justice. Le contrat ayant été rompu et la réintégration du salarié dans son emploi étant exclue, ce dernier essaie d'obtenir l'indemnisation du préjudice qu'il éprouve. Sur quelle base va-t-il fonder sa demande en dommages-intérêts ? Quels sont les pouvoirs de contrôle du juge et à qui incombe la charge de la preuve ? Telles sont les diverses questions à résoudre avant de prendre parti sur la nature de cette procédure de rupture particulière au contrat de travail.

a) *L'exercice de l'action.*

189. — On peut voir dans la procédure spéciale de résiliation immédiate soit une forme particulière de résolution judiciaire, soit une généralisation de l'utilisation du droit de résiliation unilatérale. Dans les faits, le contrat est rompu et le juge se trouve saisi d'une demande de dommages et intérêts. Mais la question peut se poser de savoir comment le salarié doit engager son action en réparation. Doit-il demander des dommages-intérêts en se fondant sur le texte de l'article 23 Livre I du Code du travail s'il estime avoir été victime d'une rupture par voie de résiliation unilatérale, ou doit-il demander la résolution judiciaire du contrat assortie des dommages-intérêts de l'article 1184 du Code civil, s'il estime que le fait unilatéral de l'employeur constitue une inexécution de ses obligations contractuelles ?

190. — Ici se pose le problème de la distinction entre les deux catégories de contrat.

— S'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée, le salarié doit fonder son action sur l'article 23 Livre I du Code du travail. Le juge va d'abord examiner le moyen de défense présenté par l'employeur, c'est-à-dire soit la faute grave, soit la nécessité de procéder au remplacement. S'il estime que l'employeur aurait obtenu gain de cause dans une procédure normale de résolution judiciaire, il déboutera le salarié de sa demande. Si au contraire, il estime que le fait avancé par l'employeur n'est pas probant, le juge considérera que la rupture immédiate est analogue à une rupture par voie de résiliation unilatérale et il condamnera l'employeur à verser au salarié le montant des garanties prévues en cas de rupture du contrat à durée indéterminée.

— S'il s'agit d'un contrat à durée déterminée, on pourrait concevoir que le salarié demande la résolution judiciaire assortie d'une condamnation à dommages-intérêts. La jurisprudence repousse le principe même d'une telle action. Elle déclare que le salarié ne peut pas demander la résolution judiciaire d'un contrat *qui est déjà rompu* et qu'il ne peut que tirer les conséquences de cette situation, c'est-à-dire engager contre l'employeur une action en paiement d'indemnités de rupture (101).

(101) Paris 22e ch. 21 mars 1962, J.C.P. 1962-II-12672, note P. Bizière. I.C.E. 1962, p. 510. Un arrêt très récent de la chambre sociale de la Cour de

191. — Une question particulière se pose lorsque la nature du contrat est controversée. Dans ce cas, la jurisprudence admet que, si le salarié a engagé son action sur la base de l'article 23 Livre I du Code du travail alors qu'il s'agit en réalité d'un contrat à durée déterminée, la conversion peut se faire des dommages-intérêts de l'article 23 en demande de dommages-intérêts de l'article 1184 du Code civil. Cela a notamment été jugé lors de l'affaire Dior contre M. Saint-Laurent (102). La Société Dior avait conclu avec M. Saint-Laurent un contrat de travail à durée déterminée de 5 ans mais assorti d'une clause selon laquelle la société employeur pouvait mettre fin au contrat à tout moment moyennant le paiement d'un préavis de deux ans de salaire. Lors du départ au service militaire de M. Saint-Laurent, période pendant laquelle les parties s'étaient mises d'accord pour considérer le contrat comme seulement suspendu, la société avait engagé le modéliste Marc Bohan. Mais M. Saint-Laurent, réformé, devait être rendu à la vie civile deux mois plus tard et réclamait la reprise de son poste au sein de la société qui faisait la sourde oreille. Lassé de la mauvaise volonté manifestée par la Société Dior, M. Saint-Laurent assigna la Société Dior sur le fondement de l'article 23 Livre I du Code du travail en paiement du préavis contractuel de deux ans et d'une indemnité de rupture abusive. La Société Dior résistait à la demande en faisant valoir que le contrat était à durée déterminée et que M. Saint-Laurent aurait dû demander la résolution judiciaire de la convention. Une question préalable se posait donc de savoir quelle était la nature de ce contrat. Etait-il à durée déterminée ou à durée indéterminée ? Les juges du fond, s'appuyant sur la volonté des parties et sur l'importance de la clause de préavis, décidèrent que le contrat était à durée déterminée (103). Dès lors, on pouvait estimer que l'action basée sur l'article 23 Livre I du Code du travail était irrecevable. Les juges du fond ne l'ont pas pensé et ont accordé à M. Saint-Laurent le bénéfice de la clause de préavis de deux ans de salaires qu'ils ont baptisée « clause pénale ». L'apport essentiel de l'arrêt sur le plan des principes est cette condamnation à dommages-intérêts sur les bases de la responsabilité

cassation déclare : « Le juge ne saurait prononcer la résolution judiciaire d'un contrat de travail auquel il a déjà été mis fin. L'action intentée par un salarié congédié en résiliation du contrat n'est pas recevable », Soc. 24 avril 1968, Bull. 1968-V, n° 203, p. 170 ; J.C.P. 1968-IV-94.

(102) Paris 22e ch. 20 mars 1962, J.C.P. 1962-II-12672, note P. Bizière ; Soc. 1er juillet 1964, D. 1964-577, cass. partielle.

(103) Voir *supra*, n° 73. Nous estimons, pour notre part, que ce contrat changeait de nature suivant la date à laquelle la rupture s'opère. Dans les trois premières années ce contrat était à durée indéterminée ; par contre, du fait de la clause de préavis de deux ans en cas de rupture anticipée, le salarié était certain, au bout de trois ans, de toucher ses salaires jusqu'à la fin de la période de cinq ans. La Cour de cassation ne s'y est d'ailleurs pas trompée, qui a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, en ce qu'il avait accordé la totalité de la clause de préavis, soit deux ans de salaires, alors que le contrat avait été rompu après la période des trois ans et que, ce faisant, les juges du fond allongeaient d'autant le contrat primitivement prévu pour une durée maximum de cinq ans ; Soc. 1er juillet 1964, D. 1964-577.

contractuelle alors que la demande était fondée sur l'article 23 Livre I du Code du travail. La jurisprudence opère donc ici une confusion volontaire entre les principes de la résiliation unilatérale et ceux de la résolution judiciaire qui conduit à donner beaucoup moins d'intérêt à la distinction des contrats fondée sur la durée.

192. — Une partie de la doctrine critique cette confusion en faisant valoir que la résolution judiciaire doit être demandée en justice selon les termes de l'article 1184 du Code civil et que le juge seul peut se prononcer sur l'inexécution dans le contrat à durée déterminée. Et un auteur constate qu' « en réalité des dommages-intérêts seront d'abord alloués et que l'on recherchera ensuite seulement le mécanisme juridique susceptible de justifier leur attribution : on procédera de cette manière en contradiction absolue avec le mécanisme de l'article 1184 lequel place la résiliation au premier plan et laisse aux dommages-intérêts un caractère facultatif lié à celui de la résolution » (104). Nous ne pouvons souscrire entièrement à cette critique. En effet, si on peut regretter que le juge ait admis aussi facilement que l'intérêt de l'entreprise pouvait justifier la rupture immédiate, on ne peut lui tenir rigueur d'accepter la conversion de la demande de dommages-intérêts en raison de la difficulté, dans laquelle se trouve le salarié et parfois même le juge, de faire la distinction entre les deux catégories de contrats, d'autant plus qu'en l'espèce elle se révélait particulièrement délicate. De plus, que ce soit dans le cadre du contrat à durée indéterminée ou non, on peut estimer que la demande du salarié est fondée sur l'inexécution des engagements contractuels. Cela peut paraître contestable pour le contrat à durée indéterminée, dans la mesure où c'est la loi qui fixe la longueur du préavis (105). Mais la loi ne fait qu'imposer à l'employeur une certaine durée du préavis suivant l'ancienneté du salarié. Le principe même du préavis doit être recherché dans la sphère contractuelle : en effet, d'une part, rien n'empêche que par accord les parties aient prévu un préavis plus long et, d'autre part, lorsque le salarié ne remplit pas la condition d'ancienneté posée par les textes légaux, la matière est régie par les usages ou la convention collective, sources auxquelles on reconnaît un caractère contractuel. Et les dommages-intérêts qui sont accordés pour inobservation du préavis découlent de l'inobservation de stipulations contractuelles au même titre que les dommages-intérêts accordés pour rupture anticipée du contrat à durée déterminée. Le problème de la différence de nature des dommages-intérêts fondés sur l'article 23 Livre I du Code du travail et de ceux fondés sur l'inexécution d'engagements contractuels est un faux problème, hormis le cas des dommages-intérêts de l'article 23 § 5 concernant la rupture abusive du

(104) P. Bizière, *Le contrat de travail et l'action résolutoire de l'art.* 1184 *du C. civ.*, I.C.E. 1962-587 et s.

(105) Voir *infra*, sous-titre II, n° 301 et s.

contrat (106). L'attitude du juge, qui ne tient aucun compte du texte sur lequel se fonde la demande, nous paraît ici justifiée et le véritable problème qui se pose pour lui est, en réalité, le contrôle du fait invoqué par l'employeur pour justifier la rupture immédiate.

b) *Le contrôle du juge sur la nécessité de la rupture.*

193. — Le législateur s'est contenté de poser le principe de la faute grave pour justifier la rupture immédiate sans indemnités dans le contrat à durée indéterminée. Nous pensons avoir démontré que cette faute « grave » est la même que celle qui aurait justifié la résolution judiciaire dans le contrat à durée déterminée, à savoir celle qui ne permet plus la poursuite des relations contractuelles entre les parties. Mais le problème se pose de savoir qui doit prouver et quels sont les pouvoirs d'appréciation des juges sur la qualification de faute grave ou sur la nécessité pour l'employeur de procéder au remplacement du salarié dont le contrat est suspendu.

La faute grave et la nécessité de procéder au remplacement du salarié doivent être invoquées par celui qui s'en prévaut (107). Le demandeur à l'action qui est le salarié démontre, quant à lui, soit qu'il a été congédié sans bénéficier des garanties prévues, soit que l'employeur a rompu le contrat à durée déterminée avant le terme et que, de ce fait, il a commis une faute dont il doit réparation. L'employeur, s'il veut éviter la condamnation à dommages-intérêts, doit alors prouver qu'il a agi ainsi, soit en raison de la faute commise par le salarié, faute dont le caractère de gravité ne permettait plus la continuation, même brève, des rapports contractuels, soit en raison de la nécessité dans laquelle il se trouvait de remplacer le salarié absent. Si un doute subsiste quant à la gravité du fait invoqué, la rupture immédiate ne sera pas considérée comme justifiée (108).

194. — 1° C'est le juge du fond qui doit constater si les faits reprochés au salarié ont le caractère de gravité que leur attribue l'employeur. Il est admis lorsque le règlement intérieur précise la nature des fautes graves, que le juge doit s'en tenir, après vérification de la réalité des faits, aux prescriptions de ce texte (109). L'article 1134 du Code civil lui interdit de substituer

(106) Il faut toutefois relever que même dans ce cas la jurisprudence admet la conversion. Ceci est particulièrement net dans un arrêt récent du 24 janvier 1968, Bull. 1968-V, n° 50, p. 43. Il s'agissait d'un contrat à durée déterminée et le salarié avait demandé des dommages-intérêts pour rupture abusive. Le pourvoi soutenait l'incompatibilité d'une telle demande avec le caractère de contrat à durée déterminée. La Cour de cassation rejette le pourvoi en déclarant qu'il ne faut pas donner « aux termes « rupture abusive » un sens strict qu'ils n'avaient pas en l'espèce... ».

(107) Soc. 8 janvier 1965, J.C.P. 1965-IV-17.

(108) Soc. 12 novembre 1964, J.C.P. 1964-IV-161.

(109) Soc. 23 mai 1952, I.C.E. 1952-696 ; Soc. 8 février 1962, J.C.P. 1962-II-12607 ; Soc. 10 mars 1965, D. 1965-550, note G.L.C. ; Soc. 2 juin 1966, Bull. 1966-IV, p. 439.

son appréciation à celle des parties. Il y a donc ici une abdication du juge devant le règlement intérieur qui conduit à ce que l'employeur ait un véritable droit à se faire justice à lui-même. La fiction de la nature contractuelle du règlement intérieur ne doit pas être un obstacle au contrôle judiciaire. Il semble, d'ailleurs, que la jurisprudence se soit rendu compte de l'iniquité d'une telle solution. En effet, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, fait remarquer qu'il appartient au seul juge du fond d'apprécier si le fait imputé constitue une faute d'une gravité telle qu'il puisse conduire à une rupture immédiate sans indemnités. Et elle approuve les juges du fond d'avoir contrôlé si le caractère de gravité attribué par l'employeur, le contrat ou le règlement intérieur ne tendait pas à faire échec aux prescriptions de la loi (110). En réalité, si l'on s'en tient aux principes, le juge ne devrait pas être limité dans son champ d'investigation. En effet, d'une part, on peut estimer que le règlement intérieur va à l'encontre de la disposition d'ordre public qui veut que les parties ne puissent pas diminuer conventionnellement les garanties instituées par les textes législatifs et notamment par l'article 23 Livre I du Code du travail. En acceptant d'accorder le caractère de gravité à certains faits que le juge pourrait ne pas considérer comme tels, la renonciation du salarié va à l'encontre de ce texte d'ordre public. D'autre part, il ne faut pas oublier que la résiliation immédiate pour faute grave est une exception au principe même de la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil. Si le juge est normalement tenu d'accepter les qualifications de fautes fournies par le règlement intérieur, il est seul compétent pour juger de la gravité de celles-ci. Si l'on n'admet plus qu'un simple contrôle de la réalité des faits imputés, le contrôle judiciaire se réduit à une simple parodie. D'ailleurs, la Cour de cassation, qui vérifie si la qualification donnée par le juge à la faute est régulière, a nettement senti l'importance du problème (111). S'il y a là, comme le relèvent les auteurs, un nouvel exemple de la tendance de la Cour Suprême à pénétrer dans le domaine du fait (112), ce contrôle de la gravité de la faute par la Cour de cassation montre l'importance qu'elle attache à ce que ce soit le juge qui serve d'arbitre entre les parties.

195. — 2° En ce qui concerne la force majeure, on doit admettre que les mêmes principes s'appliquent. La jurisprudence va apprécier le délai à l'expiration duquel la prolongation de l'inexécution rend le remplacement nécessaire, et elle oblige l'employeur à en rapporter la preuve (113). Toutefois, dans le cas précis de

(110) Soc. 23 avril 1959, Droit Social 1959, p. 490 ; Soc. 16 mars 1961, Bull. 1961-IV, n° 355, p. 287 ; Soc. 24 novembre 1965, J.C.P. 1965-IV-166 ; Soc. 8 mars 1967, J.C.P. 1967-IV-58.

(111) Soc. 13 novembre 1954, Bull. 1954-IV, p. 158 ; Soc. 22 décembre 1955, Droit Social 1956-162 ; Soc. 22 juillet 1957, D. 1957-674 ; Soc. 17 juillet 1958, J.C.P. 1958-II-10792, note F.D. ; Soc. 26 novembre 1959, I.C.E. 1960-186 ; Soc. 12 février 1964, Bull. 1964-IV, n° 118, p. 95.

(112) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 295.

(113) Civ. 6 mars 1933, D.H. 1933-235 ; Soc. 21 juillet 1941, D.A. 1941-361 ; Soc. 15 mai 1957, Bull. 1957-IV, p. 226 ; Soc. 13 janvier 1965, D. 1965, som. 84 ;

la maladie, les conventions collectives tendent de plus en plus à régler ce point et à fixer un délai impératif pendant lequel l'employeur est tenu de considérer le contrat comme suspendu (114). Si l'employeur rompt à l'encontre des clauses de la convention collective, le juge le condamnera à des dommages-intérêts (115). Lorsque la matière n'est pas réglée par la convention collective, l'étendue des pouvoirs du juge en matière de nécessité de remplacement est assez faible. En effet, le pouvoir de direction qui est celui d'organiser le travail et d'en diriger l'exécution, s'oppose directement au pouvoir d'appréciation du juge (116). L'employeur est maître chez lui, seul compétent et responsable. Portant la responsabilité de l'entreprise, « il est seul juge des intérêts généraux et de la bonne marche » de celle-ci (117). Mais il faut, toutefois, admettre que si l'exercice de ce pouvoir de direction est à l'origine d'un conflit dans le cadre du contrat de travail, c'est le juge qui est compétent pour en connaître. La décision de l'employeur ne peut pas échapper au contrôle du juge, mais on doit regretter que celui-ci trouve très vite sa limite. L'intérêt de l'entreprise est abandonné à l'appréciation exclusive de l'employeur et ne peut être vérifié par le juge. La Cour Suprême censure le juge du fond lorsque celui-ci substitue son appréciation à celle de l'employeur (118). Le juge est obligé de s'incliner et le contrôle judiciaire montre ici le peu d'efficacité qu'il possède lorsque le pouvoir de direction de l'employeur entre en jeu. Il faut d'ailleurs remarquer que le problème serait le même dans le cadre de la procédure normale de résolution judiciaire.

196. — Mais celle-ci a un avantage énorme sur la procédure du contrôle judiciaire « a posteriori ». En effet, si l'employeur était tenu de demander la résolution judiciaire pendant la durée du contrôle, les relations de travail ne seraient pas rompues. Dans la mesure où le juge refuse à l'employeur cette résiliation le salarié conserverait son emploi. Par contre, dans le cas du contrôle judiciaire a posteriori, le contrat est rompu par la volonté de l'employeur, et même s'il s'avère par la suite que la faute n'avait pas ce caractère de gravité nécessaire pour permettre la rupture, le salarié dont le contrat est rompu ne sera pas réintégré et ne pourra obtenir que des dommages-intérêts. Nous avons vu que c'est par suite du trouble évident qui risque d'être apporté au fonctionnement de l'entreprise qu'il ne paraît pas pos-

Soc. 2 juin 1966, Bull. 1966-IV, p. 442 ; Soc. 20 juin 1966, Bull. civ. 1966-IV, p. 512 ; Soc. 30 novembre 1966, Bull. 1966-IV, p. 754 ; Soc. 18 janvier 1967, J.C.P. 1967-IV-30.

(114) M. Despax, *Les conventions collectives*, in *Traité de Droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, t. VII, n° 151.

(115) Soc. 3 juin 1966, J.C.P. 1966-IV-101 ; Soc. 2 mars 1967, Bull. 1967-IV p. 170.

(116) P.D. Ollier, *Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail*, Droit Social 1967, p. 504.

(117) Soc. 24 juin 1954, Droit Social 1954, p. 620.

(118) Soc. 10 mars 1965, 1re espèce, D. 1965, p. 550, note G.L.C. ; Soc. 21 octobre 1964, Bull. 1964-IV, p. 564.

sible de maintenir les relations contractuelles entre les parties pendant le temps que dure l'instance judiciaire. La justification a son importance. Mais c'est oublier que le contrôle judiciaire « a posteriori » présente des inconvénients très graves sur le plan individuel et social. Le salarié ainsi « licencié » est privé de ressources, et se trouve dans une situation extrêmement grave lorsque les circonstances économiques sont défavorables sur le plan de l'emploi et qui ira en s'aggravant lorsque le conflit devant les juges traîne en longueur. Le contrôle judiciaire « a priori » a l'avantage d'éviter au salarié ces conséquences néfastes. Il est regrettable que pour des raisons d'ordre purement économique, la protection individuelle du salarié soit ainsi sacrifiée. Dans le conflit existant entre les impératifs antagonistes auxquels doivent obéir les relations de travail, l'intérêt de l'entreprise l'emporte ici sur l'intérêt du salarié et ceci sans que l'on se soit vraiment posé la question de savoir si une solution moyenne ne pourrait pas être appliquée.

197. — 3° On pourrait, en effet, envisager d'imposer à l'employeur l'utilisation préalable de la technique de *la mise à pied.* La doctrine présente habituellement la mise à pied comme une sanction disciplinaire, l'une des plus graves après le congédiement (119). Pourtant, si l'on envisage le cas des représentants du personnel ou des délégués syndicaux, la loi prévoit une mise à pied préalable à la demande d'autorisation de licenciement au comité d'entreprise ou à l'inspecteur du travail (120). Cette dernière peut être considérée comme une mise à pied préventive susceptible de coexister avec la mise à pied disciplinaire dont la jurisprudence admet l'utilisation par l'employeur au cas des représentants du personnel (121). La doctrine s'élève d'ailleurs contre cette utilisation de la mise à pied « sanction » en raison du statut protecteur qui leur est applicable (122). Mais ce qui est important pour notre propos, c'est l'admission de ce nouvel aspect que peut revêtir la mise à pied. Et comme le fait remarquer un auteur, « ce qui a été admis pour les représentants du personnel peut encore plus facilement l'être pour les autres travailleurs », du fait même qu'il n'existe en la matière aucune réglementation (123).

198. — Cette mise à pied préventive pourrait être rapprochée de la suspension temporaire qui existe en droit administratif

(119) H. Sinay, *La suspension du contrat de travail à titre disciplinaire,* D. 1960, chr. p. 215 ; G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail,* 3e éd. 1969, p. 301, n° 323 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail,* p. 431.

(120) Art. 22, ord. du 22 février 1945 ; art. 16, loi du 19 avril 1946 ; art. 13, loi du 27 décembre 1968.

(121) Soc. 2 février 1966, Bull. 1966-IV, n° 136, p. 112 ; Soc. 22 février 1967, Bull. 1967-IV, n° 172, p. 141 ; Soc. 4 janvier 1968, Droit Social 1968, p. 313, note J. Savatier.

(122) J. Savatier, note précitée.

(123) J. Pélissier, note sous Soc. 30 novembre 1966 ; Soc. 22 février 1968 ; Abidjan 8 avril 1966, D. 1969, p. 135.

(124). De même que le fonctionnaire public peut être suspendu temporairement en attendant les résultats de l'instruction, le salarié pourrait être mis à pied dans l'attente de la décision du juge sur la demande de résolution judiciaire. Cette utilisation de la mise à pied préventive devrait être fonction du but à atteindre et être ainsi réservée à des hypothèses particulières. Elle serait inutile lorsque la faute est telle que le juge ne pourra qu'accorder la résiliation, ou, à l'inverse, lorsqu'un trouble ne pourrait résulter de la conservation du salarié dans l'entreprise pendant l'instance judiciaire. Par contre, en cas de doute, les conditions de son utilisation seraient de deux ordres : d'une part, il faudrait que les circonstances dans lesquelles le fait litigieux s'est produit impliquent la nécessité d'une enquête et, d'autre part, il ne faudrait pas que la présence du salarié sur les lieux du travail présente des inconvénients graves pour le bon fonctionnement de l'entreprise.

Quant à ses conséquences, la mise à pied préventive serait bénéfique pour les deux parties, au cas où le juge refuserait la résolution judiciaire. Le salarié retrouverait son emploi et ainsi les inconvénients propres à l'impossibilité de réintégration seraient évités. L'employeur, de son côté, éviterait les conséquences pécuniaires résultant de la résiliation unilatérale du contrat.

Mais la question peut se poser de la rémunération du salarié pendant la période de mise à pied. En effet, pendant ce temps le contrat est suspendu : le salarié ne fournit pas de travail et on devrait en conclure que l'employeur ne doit pas la rémunération correspondante.

Si on se reporte à la solution donnée pour le cas des représentants du personnel, le salarié n'aurait droit au versement des salaires que si le juge refuse la résolution judiciaire. Mais on pourrait aller plus loin et songer à accorder la rémunération au salarié suspendu. La mesure prise ne l'est qu'en fonction de la sauvegarde des intérêts de l'entreprise et on pourrait songer de la même manière à sauvegarder les intérêts du salarié. Si on compare avec la situation du fonctionnaire suspendu, force nous est de constater que celui-ci conserve le bénéfice de son traitement ou au moins d'une partie de celui-ci (125).

199. — La construction d'une telle mise à pied d'ordre préventif reste à faire, mais elle aurait le mérite de ne pas sacrifier les intérêts du salarié à ceux de l'entreprise. Une balance serait ainsi faite entre les deux impératifs, sécurité de l'emploi, d'une part, intérêt de l'entreprise, d'autre part, qui aurait le mérite de revenir au régime de la résolution judiciaire orthodoxe impliquant un contrôle a priori de la rupture, dans le cas où la nature de la faute exige une information préalable. Mais il ne semble pas que l'évolution actuelle du droit du travail soit dans ce sens en ce qui concerne le contrôle judiciaire de la rupture

(124) A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. II, n° 164 et 165, p. 98.

(125) A. DE LAUBADÈRE, *opus cité*, n° 165.

(126). On constate à l'heure actuelle que l'introduction dans le contrat de travail d'une technique s'apparentant à la résiliation unilatérale est un fait tendant à consacrer l'abandon de la procédure de droit commun de l'article 1184 du Code civil. Toutefois, il faut se garder d'en conclure que le recours à la technique normale de résolution judiciaire a vécu. En effet, cet abandon n'est pas complet, car la résolution judiciaire reste en droit une forme spécifique de rupture du contrat de travail, à laquelle les parties recourent parfois.

(126) M. PANAYOTOPOULOS, *Le contrôle judiciaire du licenciement*, p. 49 et s.

CHAPITRE II

LE RECOURS EXCEPTIONNEL A LA RESOLUTION JUDICIAIRE

200. — Si, en fait, le recul de la théorie de la résolution judiciaire est largement consacré, il ne faut pas en conclure qu'étant devenue inutile, elle doive être abandonnée. La jurisprudence prend parfois soin de le rappeler (1).

Il est incontestable que la résiliation immédiate présente l'avantage de la rapidité pour le contractant qui l'utilise. Mais elle peut également comporter des inconvénients par rapport à la technique normale de la résolution judiciaire. Cette dernière peut, d'une part, comporter des aspects avantageux et, d'autre part, et surtout, permettre à l'employeur d'éviter certaines contraintes imposées par la loi ou la convention collective au droit de résiliation unilatérale.

Section I. — Les aspects utiles de la résolution judiciaire

201. — La pratique de la résiliation immédiate du contrat de travail permet aux parties de rompre un lien contractuel dont elles ne veulent plus, sans recourir à l'arbitrage préalable du juge. Mais le contractant qui l'utilise court le risque d'une condamnation à dommages-intérêts, s'il s'avère qu'il a agi avec précipitation ou de manière irréfléchie. En effet, le juge, contrôlant l'opportunité de la décision, peut estimer que la faute n'était pas suffisamment grave ou que le remplacement n'était pas nécessaire. Dès lors, le choix de ce mode de rupture peut se révéler relativement onéreux et la prudence va pousser l'employeur à s'adresser au juge pour faire prononcer la résiliation du contrat avec le simple risque de voir le juge la lui refuser. Si l'on se réfère

(1) Paris 10 novembre 1967, D. 1968, p. 108, J.C.P. 1968-II-15409, Droit Ouvrier 1968-176. En l'espèce, la Cour de Paris déclare expressément que le licenciement ne constitue pas le seul mode de mettre fin au contrat de travail à durée indéterminée et que la résiliation du contrat peut être demandée lorsque le salarié se trouve incarcéré et par suite dans l'impossibilité de fournir des services. Cf. P. Bizière, *L'incarcération du salarié et le contrat de travail*, I.C.E. 1965, p. 873.

aux textes légaux qui aménagent la rupture et qui instituent des garanties pour le salarié licencié, on note que seule la faute grave peut dispenser l'employeur d'observer les garanties instituées. Par contre, si l'on se reporte au texte de l'article 1184 du Code civil, on peut constater que ce dernier envisage seulement « le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». L'interprétation de ce texte, suivant qu'elle sera large ou étroite, peut permettre de tourner les garanties instituées en faveur du salarié dans le contrat à durée indéterminée. L'étude de la jurisprudence montre qu'elle exige une faute « suffisamment » grave (2) pour prononcer la résiliation du lien contractuel. Aussi, l'employeur avisé, qui hésite sur le caractère de gravité de l'inexécution fautive du salarié, aura tout intérêt à demander la résolution judiciaire du contrat. Si celle-ci est acceptée, la rupture aura lieu sans indemnités et l'employeur aurait certes pu éviter le recours au juge ; mais, si elle est refusée, le contrat continuera son cours. Par contre, si l'employeur avait choisi la résiliation immédiate, il ne pourrait, pour éviter la condamnation aux indemnités de rupture que proposer la réintégration du salarié à condition que celui-ci ne la refuse pas, comme c'est son droit Donc, lorsque l'employeur n'est pas certain du caractère de gravité du manquement qu'il reproche au salarié, il est de son intérêt de solliciter la résolution judiciaire plutôt que de recourir à la résiliation immédiate.

202. — Le problème ainsi présenté peut revêtir un aspect quelque peu théorique. En effet, lorsque l'on considère les faibles possibilités de contrôle du juge, notamment en ce qui concerne le pouvoir de direction de l'employeur, le risque couru par ce dernier est en réalité très faible. Mais il existe tout de même des cas dans lesquels l'employeur eût été mieux inspiré de s'adresser au juge plutôt que de se faire justice à lui-même. Ainsi, pour avoir rompu unilatéralement un contrat à durée déterminée alors que les juges du fond ont considéré que la faute invoquée à l'encontre du salarié était insuffisamment grave pour justifier la rupture immédiate du contrat sans recours à la résolution judiciaire. l'employeur s'est vu condamner à des dommages-intérêts importants (3). Il est de même dangereux pour l'employeur de prendre acte de la rupture du contrat de travail à durée déterminée lorsque le salarié est empêché d'exécuter ses prestations. En effet, si le juge auquel le salarié congédié s'adresse, estime que l'employeur pouvait conserver le salarié et déclare que le contrat n'était que suspendu, cet employeur sera tenu de verser des dommages-intérêts au salarié. La jurisprudence, d'ailleurs, estime que l'employeur, qui veut faire constater que, par suite de l'absence du salarié et de son remplacement nécessaire, il se trouve devant un cas de force majeure, peut utiliser la procédure de l'article 1184 du Code civil, bien qu'il

(2) Voir *supra*, n° 182.
(3) Soc. 10 mars 1965, Droit Ouvrier 1966-262 ; dans le même sens Soc. 28 mars 1962, Bull. 1962-IV, p. 249.

n'ait aucun manquement fautif à reprocher au salarié, « la résolution du contrat pour défaut d'exécution devant être prononcée, quel que soit le motif même de force majeure qui a empêché l'autre partie de remplir ses obligations » (4).

203. — Un autre aspect avantageux de la résolution judiciaire réside dans la possibilité de solliciter des dommages-intérêts. Lorsque la faute commise par le cocontractant est particulièrement grave ou cause un préjudice important, il y a tout intérêt à solliciter la résiliation par le juge plutôt que de recourir à la résiliation unilatérale. Lorsque l'employeur viole une des obligations découlant du contrat de travail, le salarié a le choix entre deux attitudes : ou bien il considère que par la violation de son obligation, l'employeur a manifesté l'intention d'utiliser son droit de résiliation unilatérale et il réclamera les garanties attachées à la rupture du contrat à durée indéterminée, ou bien il s'adressera au juge pour faire constater l'inexécution et il demandera des dommages-intérêts correspondants au préjudice qu'il subit. Cette dernière solution peut se révéler plus avantageuse si le préjudice subi est supérieur au montant des indemnités de rupture.

Lorsque c'est l'employeur qui sollicite la résolution judiciaire, accompagnée d'une demande de dommages-intérêts, le problème posé se révèle plus grave. Du fait de l'état de subordination juridique dans lequel il se trouve, le salarié ne peut être condamné qu'en raison de sa faute lourde. Cet aspect de la question a longtemps été négligé par la doctrine qui estimait que conformément à l'article 1137 du Code civil, toutes les fautes commises par le salarié étaient susceptibles de l'exposer à une condamnation à dommages-intérêts (5). Aujourd'hui on estime qu'une telle solution, rigoureusement conforme aux principes civilistes de la responsabilité contractuelle, apparaît dépassée (6). La jurisprudence est d'ailleurs dans ce sens, qui considère que pour que la responsabilité du salarié soit engagée contractuellement il faut une faute lourde, équipollente au dol, dans l'exécution du contrat de travail (7). Pour pouvoir obtenir des dommages-inté-

(4) Lyon 5e ch. 12 décembre 1966, J.C.P. 1967-IV-91.

(5) P. Durand et A. Vitu, II, n° 317 bis, p. 585 ; A. Brun et H. Galland, II, 219 (ces auteurs reviennent d'ailleurs sur leur position dans les mises à jour 1962 et 1968). Le droit allemand est toujours dans le sens d'une telle sévérité puisque la faute du salarié peut donner lieu à dommages-intérêts qu'il s'agisse d'une négligence grave ou légère. Cette sévérité se retrouve d'ailleurs dans le droit italien. Le critère de la responsabilité du salarié, comme de tout débiteur, est la diligence « in abstracto », appréciée objectivement en fonction de la nature de la prestation due. Cf. le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg 1965, p. 264 et p. 489 ; *Planiol et Ripert* par A. Rouast, t. XI, n° 843, p. 85 ; Aubry et Rau, 1907, t. V, p. 419.

(6) G.H. Camerlynck, Rapport français in « *Le contrat de travail dans les pays membres de la C.E.C.A.* », p. 369 ; A. Brun et H. Galland, mises à jour 1962 et 1968 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 113, p. 201.

(7) Soc. 27 novembre 1958, D. 1959-20, note R. Lindon, J.C.P. 1959-II-11143, note critique J. Brethe de la Gressaye, obs. Carbonnier, R.T.D.C. 1959-735.

rêts il faut une violation délibérée de ses obligations par le salarié ayant causé un préjudice à l'entreprise (8).

204. — L'employeur possède donc, par le recours à la résolution judiciaire, une arme redoutable contre le salarié. Pourtant, en pratique, il est assez rare que l'employeur prenne l'initiative d'une telle action. Lorsqu'une telle faute est commise par le salarié, l'employeur recourt à la résiliation unilatérale avec privation des indemnités de rupture. Le salarié intente alors une action contre l'employeur pour rupture abusive et l'employeur, par voie reconventionnelle, réclame des dommages-intérêts en raison de la faute lourde commise par le salarié. Cette procédure est identique dans le contrat à durée déterminée. Il en résulte que le recours direct à la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil est rare. Toutefois, il peut s'avérer essentiel lorsque le droit de résiliation unilatérale est entravé de façon plus ou moins importante.

Section II. — La résolution judiciaire, moyen d'éviter les contraintes imposées au droit de résiliation unilatérale

205. — La résolution judiciaire du contrat est la technique normale de rupture du contrat à durée déterminée, mais apparaît inutile dans le cadre de la rupture du contrat à durée indéterminée à cause de la simplicité d'utilisation du droit de résiliation unilatérale. Mais il est possible que, par suite de l'accord des parties, ou suite à l'intervention du législateur, ce droit de résiliation soit plus ou moins entravé (9). La théorie de la résolution judiciaire va dès lors reprendre tout son intérêt dans la mesure où elle permet à l'employeur de tourner l'obstacle juridique qui

Cf. R. Giraud Jacquème, *Responsabilité civile et responsabilité disciplinaire du salarié*, Thèse, Aix 1964, p. 73. *Adde :* La responsabilité limitée du salarié, Droit Social 1966-145.

(8) Soc. 9 novembre 1965, Bull. 1965-IV, p. 649 ; Soc. 20 juin 1966, Bull. 1966-IV, p. 540 ; Soc. 25 février 1965, D. 1965-584 ; Soc. 6 avril 1967, J.C.P. 1967-IV-74 ; Soc. 10 avril 1962, D. 1962, p. 565, note R. Lindon ; Soc. 27 mai 1964, J.C.P. 1965-II-14056, note G.H.C. Il faut toutefois relever que la 1re et 2e chambres civiles de la Cour de cassation donnent des solutions contraires à la chambre sociale dans la mesure où elles se placent sur des plans différents de celui du contrat de travail. Dans un premier arrêt, la 2e ch. civile se place sur le terrain de l'art. 1382 C. civ. Civ. 13 novembre 1964, J.C.P. 1965-II-14110, note P. Bizière, D. 1965-346, note R. Lindon, R.T.D.C. 1965, p. 365, obs. Rodière. Dans un autre arrêt, la 1re ch. civile se fonde sur l'obligation de restituer au propriétaire la chose qu'il a confiée. Civ. 26 octobre 1965, D. 1965-838, note R. Lindon. Il faut critiquer cette tendance qui entraîne un retour à la jurisprudence classique selon laquelle toute faute peut entraîner condamnation du salarié. La chambre sociale continue d'estimer que les parties ne sauraient choisir l'application cumulative de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Ils doivent être régis par les principes de la responsabilité contractuelle, Soc. 3 novembre 1967, Droit Ouvrier 1968-345.

(9) Voir *infra*, sous-titre II, nos développement sur les restrictions apportées au droit de résiliation unilatérale, n° 218 et s.

s'oppose au libre exercice du droit de résiliation unilatérale. Il en est ainsi, notamment, lorsque les restrictions à ce droit découlent des dispositions des conventions collectives, ou lorsqu'il s'agit de rompre le contrat d'un représentant du personnel.

§ 1. — *Les restrictions conventionnelles.*

206. — Les conventions collectives apportent parfois des restrictions plus ou moins importantes à la liberté de rupture qui découle de l'application pure et simple des règles du contrat à durée indéterminée, notamment lorsque cette faculté est exercée par l'employeur. Bien que les employeurs soient réticents pour accepter des clauses restreignant leur liberté de décision, certains accords collectifs ont prévu des procédures à respecter. Ces procédures tendent essentiellement à accorder des garanties de justice et vont de la simple précaution, comme l'obligation de motiver le congé (10), à la suppression complète de la liberté de décision, comme l'institution d'un conseil de discipline chargé de prendre la décision (11), en passant par des procédures moins contraignantes telles que l'audition préalable de l'intéressé qui peut se faire accompagner d'un délégué du personnel (12) ou l'institution d'un conseil de discipline mais qui n'est habilité qu'à donner un avis (13). Un licenciement opéré sans respecter ces clauses devrait être nul. Mais la jurisprudence considère qu'il est seulement abusif et qu'il entraîne l'allocation de dommages-intérêts au salarié victime de la rupture ? (14).

207. — La question qui se pose est de savoir si cette procédure disciplinaire instituée dans l'intérêt du salarié constitue le seul mode de rupture du contrat de travail. La réponse a été donnée par la jurisprudence dans un arrêt de la Chambre sociale du 29 mars 1960 : « Les limitations apportées au droit de l'employeur de rompre unilatéralement, à titre de sanction, le contrat de travail par l'institution d'un Conseil de discipline prévue dans la convention collective demeurent étrangères à la demande en résolution judiciaire du contrat pour faute grave introduite en application de l'article 1184 du Code civil » (15). Dans une autre espèce, la Cour de cassation a jugé que l'article 6 du statut du personnel du Gaz et de l'Electricité, disposant que la révocation ne peut être prononcée sans consultation d'une commission prévue à cet effet, ne s'applique pas en cas de demande de résolution judiciaire. Il ne peut s'appliquer qu'en cas d'utilisation par l'employeur de la faculté unilatérale de résiliation de l'article 23 Livre I du Code du travail (16).

(10) C.C.N. Industries pharmaceutiques, art. 11.
(11) C.C.N. Personnel de la Sécurité Sociale, art. 46.
(12) C.C.N. Ameublement, art. 48.
(13) C.C.N. Banque, art. 33.
(14) Soc. 24 mars 1954, Droit Social 1954-619 ; Soc. 5 avril 1957, Bull. 1957-IV, p. 300 ; Soc. 28 novembre 1957, D. 1958-42.
(15) Soc. 29 mars 1960, J.C.P. 1960-II-11776, note G.H. Camerlynck.
(16) Soc. 23 février 1966, Bull. 1966-IV, p. 168.

Cette prise de position de la Cour de cassation est incontestable. En effet, les garanties instituées par voie de convention collective ne sauraient valablement conduire à l'exclusion de la procédure de droit commun que constitue la résolution judiciaire. Lorsque le salarié commet une faute, l'employeur a le choix entre deux procédures : soit opter pour le licenciement et, dans ce cas, il doit respecter les formalités requises par la convention collective, soit opter pour le droit commun de la résiliation et s'adresser au juge pour se faire rendre justice. Mais le choix de l'une des options n'est pas exclusif de tout recours à l'autre. Ainsi, s'il échoue devant le Conseil de discipline, rien ne l'empêche de solliciter ensuite la résolution judiciaire.

Le recours à la résolution judiciaire se révèle donc fort utile à l'employeur dont le droit de résiliation unilatérale est entravé par des dispositions conventionnelles. En est-il de même lorsque ces entraves trouvent leur origine dans la loi ?

§ 2. — *Les restrictions légales.*

208. — Le législateur, dans le but de protéger certaines catégories de salariés, a été conduit à instaurer des limites à l'utilisation par l'employeur de son droit de résiliation unilatérale. Ces limitations s'appliquent notamment aux représentants du personnel (17) et aux femmes enceintes (18). Pour les premiers, le droit de résiliation unilatérale ne peut s'exercer qu'avec l'accord du comité d'entreprise ou à défaut de l'Inspecteur du travail. Pour les secondes, le législateur a interdit purement et simplement de les licencier. Dès lors que les entraves au droit de résiliation unilatérale sont l'œuvre du législateur, la question de savoir si l'employeur pouvait recourir à la résolution judiciaire s'est posée avec plus d'acuité encore que lorsque les restrictions émanent d'accords collectifs. Les Inspecteurs du travail appliquant de façon rigoureuse la loi, cette attitude de l'administration conduisit les employeurs à chercher dans le droit commun le moyen de donner au juge le pouvoir de rompre le contrat. La jurisprudence des tribunaux civils admit la résolution judiciaire mais sans parvenir à justifier solidement sa décision (19).

209. — La doctrine, dans sa grande majorité, admet que la procédure d'autorisation ne concerne que la faculté unilatérale de résiliation du contrat de travail et qu'elle laisse intacte le droit pour l'employeur d'obtenir la résolution judiciaire en raison d'une faute commise par le représentant du personnel. Pour Paul Durand, « les fonctionnaires de l'ordre administratif, les inspecteurs du travail ne possèdent ni la formation, ni le statut, ni la liberté des juges. Seule une juridiction peut connaître une diffi-

(17) *Infra*, n° 229.
(18) *Infra*, n° 234.
(19) T. civ. Seine 9 février 1949, D. 1949-204 ; T. civ. Bayonne 30 mai 1949, D. 1949, som. 48 ; T. civ. Marseille 20 octobre 1950, D. 1950, som. 12 ; T. civ. Périgueux 8 mai 1951-502.

culté d'ordre juridique » (20). Toutefois, de très nombreuses voix s'élevèrent pour condamner cette idée issue d'une conception civiliste trop classique (21). On fit valoir que le législateur n'a pas songé à l'article 1184 du Code civil lorsqu'il a édicté les textes de protection, et que ce sont là des mesures exceptionnelles, exorbitantes du droit commun et que justifie la fonction spéciale des délégués du personnel (22). Pour cette partie de la doctrine, « le statut des représentants du personnel forme un tout qui déroge au Droit civil. En consacrant la résolution judiciaire, on permet à un juge de remettre en question ce qui a été statué par l'inspecteur du travail, ce qui est choquant » (23).

210. — Face à ces deux opinions doctrinales, la jurisprudence a opté pour la première. A compter d'un arrêt du 21 février 1952, elle a admis la résolution judiciaire du contrat du représentant du personnel et, depuis, elle s'en tient à cette position (24). L'argumentation technique est analogue à celle que nous avons relevée dans le cas des entraves au droit de résiliation contenues dans les conventions collectives : « Indépendamment de la faculté unilatérale, les parties conservent le droit de s'adresser au juge pour lui demander la résolution judiciaire du contrat de travail, par application de l'article 1184 du Code civil... ». L'employeur, peu soucieux d'essuyer un refus de la part de son comité d'entreprise ou de l'inspecteur du travail, va alors souvent préférer intenter une action en résiliation du contrat du représentant du personnel. Cette jurisprudence est critiquable dans la mesure où elle aboutit à éluder les dispositions protectrices concernant les délégués du personnel et surtout parce qu'elle risque d'entraîner une

(20) Paul Durand : *Les problèmes posés par la protection des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise*, Droit Social 1950-401. Les auteurs ont pour la plupart entériné cette thèse de Paul Durand. Brun et Galland, *Droit du travail*, III-142 (voir cependant Bilan de 10 années, 1968). J. Rivero et J. Savatier, 3e éd., p. 121. A. Rouast, note sous Soc. 20 février 1958, D. 1958-421. J. Brethe de la Gressaye, Rép. Dalloz, v° Comité d'entreprise, n° 69 et 70.

(21) G.H. Camerlynck, *De la conception civiliste du Droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement*, J.C.P. 1958-I-1425. Dans le même sens G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail*, n° 181 ; G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Précis de droit du travail*, 1re éd. 1965, n° 368, p. 308. *Adde :* G.H. Camerlynck, *Le nouveau statut protecteur des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise*, J.C.P. 1959-I-1482. M. Boitel, *La protection légale des représentants du personnel dans une impasse jurisprudentielle*, Droit Ouvrier 1968, p. 401. *Adde* : Les articles du même auteur, Droit Ouvrier 1966, p. 73 et Droit Ouvrier 1964, p. 297. M. Cohen, *Le statut des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise*, p. 581 à 603. H. Sinay, *La grève*, in *Traité de Droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, t. VI, n° 144, p. 306.

(22) Conclusions M. Patin dans l'affaire Junes, Crim. 24 mars 1955, D. 1955-501.

(23) G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Précis de droit du travail*, p. 309. Dans le même sens A. Brun et H. Galland, *Bilan de dix années*, 1968.

(24) Soc. 21 février 1952, D. 1952, p. 290 et 326 ; Soc. 27 mars 1952-548 ; Soc. 25 juin 1953, D. 1953-602 ; Soc. 20 février 1958, D. 1958-421, note A. Rouast ; Soc. 11 juillet 1958, J.C.P. 1958-II-10824, note F.D. ; Soc. 10 octobre 1962, Droit Social 1963-45, note J. Savatier ; Soc. 3 octobre 1963, D. 1964-I-184.

contradiction lorsque le licenciement est refusé par l'autorité administrative et que la résiliation est prononcée par l'autorité judiciaire. La doctrine propose soit de supprimer le droit de demander la résolution judiciaire (25), soit parfois de supprimer l'intervention de l'inspecteur du travail et de limiter au seul article 1184 la rupture du contrat de travail d'un délégué du personnel (26). A notre avis, la solution du problème devrait être recherchée dans une voie moyenne. Lorsque la faute commise se rattache directement à l'exécution du contrat de travail, la résolution judiciaire devrait être permise. Si, par contre, la faute commise se rattache à l'exécution de sa mission par le représentant du personnel, le juge ne devrait pas pouvoir prononcer la résiliation du contrat (27). Il ne faut d'ailleurs pas se cacher la difficulté qui existe pour tracer la frontière entre les fautes se rattachant ou non à la mission du délégué du personnel en tant que tel. Mais il nous semble que, pour l'instant, la jurisprudence ne fasse aucune distinction. S'il existe un comportement fautif, elle accorde la résiliation du contrat (28).

On peut critiquer l'introduction de la résolution judiciaire dans la sphère particulière aux représentants du personnel, d'autant plus qu'elle tend à gagner davantage de terrain.

211. — Longtemps cantonnée au cas de faute grave du délégué du personnel, la résolution judiciaire du contrat de travail était considérée comme réservée à cette hypothèse (29). Il semblait impensable qu'elle puisse être utilisée dans d'autres cas. La jurisprudence a franchi le pas et, ce faisant, elle est sortie du cadre traditionnel de l'article 1184 du Code civil. En effet, un arrêt de la Chambre sociale admet la résolution judiciaire en cas de désaccord entre les parties sur les modalités d'exécution du contrat de travail et donc d'impossibilité de maintenir le lien contractuel (30). L'employeur avait proposé une mutation au salarié qui, si elle consistait matériellement en un avancement, l'obligeait à abandonner ses fonctions de représentant du person-

(25) M. Patin, conclusions précitées ; G.H. Camerlynck, précité ; M. Boitel, *L'irrecevabilité de la demande patronale en résolution du contrat de travail d'un délégué du personnel,* Droit Ouvrier 1959-399. Du même auteur article au Droit Ouvrier 1962-139.

(26) P. Bizière, *Le contrat de travail et l'action résolutoire de l'art.* 1184 *C. civ.,* I.C.E. 1962-587 et s.

(27) Mme H. Sinay pense, à juste titre, qu'il y a là une confusion regrettable entre le droit du travail et le statut des représentants du personnel. Normalement le représentant du personnel ne devrait pas être « attiré au procès en tant que partie à un contrat synallagmatique, mais ès qualité de représentant officiel du personnel dans l'entreprise ». L'article 1184 ne devrait donc pas s'appliquer, H. Sinay, *opus cité,* n° 144, p. 308.

(28) Soc. 12 mai 1960, Bull. 1960-IV, n° 493, p. 383, D. 1960, som. 128 ; Soc. 9 février 1961, Bull. 1961-IV, n° 149 ; Soc. 16 mai 1962, Bull. 1962-IV, n° 449, p. 358 ; Soc. 9 avril 1962, D. 1962, som. 120 ; Soc. 10 octobre 1962, Bull. 1962-IV, n° 702, p. 582; Soc. 3 octobre 1963, D. 1964-184.

(29) G.H. Camerlynck, *Le nouveau statut protecteur des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise,* J.C.P. 1959-I-1482, T. civ. Seine 27 avril 1956, D. 1956-638 ; Soc. 4 mai 1956, Droit Social 1956-415. Voir L. Isselé, *La résiliation judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel,* G.P. 1957-2-15.

nel. Le salarié avait refusé. Dans une situation normale, le chef d'entreprise aurait été considéré comme ayant résilié le contrat car la convention collective prévoyait que, dans ce cas, la rupture lui était imputable. Mais, en raison de la fonction représentative du salarié, cette mutation était impossible, sans autorisation du comité d'entreprise ou de l'inspecteur du travail. Et, pourtant, bien qu'il n'y ait aucune faute à reprocher au salarié, la Cour de cassation admet l'employeur à agir en résolution judiciaire. Pour le juge, le désaccord des parties est un juste motif de résiliation. Cette jurisprudence est à rapprocher d'une solution de la Cour d'appel de Paris qui avait déjà admis que la suppression d'un emploi pour des raisons techniques puisse être retenue comme cause de résiliation du contrat d'un représentant du personnel (31).

La doctrine a relevé qu'une telle évolution de la jurisprudence conduit à donner à la résiliation judiciaire une portée contraire à son esprit (32), et qu'elle a pour effet de limiter la protection des représentants du personnel, en ce sens que, d'une interdiction de licenciement, on aboutit à un simple renversement de la charge de la preuve, l'employeur étant seulement contraint de faire la preuve qu'il existe de justes motifs de résiliation (33). Les nécessités économiques deviennent, au même titre que la faute, un juste motif de résiliation. Nous sommes loin du texte de l'article 1184 du Code civil qui parle seulement du cas « où l'une des parties ne satisfera point à ses engagements ». On pouvait déjà critiquer le principe même du recours à la résolution judiciaire, mais que penser maintenant d'une telle extension du domaine de l'article 1184 du Code civil ?

212. — Si l'extension du domaine de la résolution judiciaire est sujette à réserves, la procédure que peut suivre l'employeur à cette occasion encourt, elle aussi, certains reproches. Il est incontestable qu'à partir du moment où le droit de recourir à la technique de la résolution judiciaire est reconnu à l'employeur, celui-ci a le choix entre les deux voies qui s'ouvrent à lui. On pourrait valablement supposer, dès lors, qu'ayant choisi et échoué dans une de ces voies, il ne lui soit plus possible de recourir à la seconde. La jurisprudence n'a pas consacré cette solution et elle admet qu'après avoir succombé dans sa demande de licenciement, l'employeur puisse recourir à la résolution judiciaire pour obtenir

(30) Soc. 10 octobre 1962, Droit Social 1963-45, note J. SAVATIER.

(31) Paris 24 février 1960, D. 1960, som. 71. Dans le même sens le refus du salarié d'accepter une offre de reclassement autorise la résiliation judiciaire du contrat de travail, dont l'exécution est rendue impossible par suite de la suppression de l'emploi, consécutive à la fermeture d'un atelier, Soc. 12 novembre 1964, Bull. 1964-IV, p. 619.

(32) A. BRUN, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 480 ; J. BRETHE DE LA GRESSAYE, *opus cité*, n° 70.

(33) Observations J. SAVATIER sous Soc. 10 octobre 1962, Droit Social 1963-45. Cette tendance de la jurisprudence est à rapprocher de la solution donnée par le législateur au cas de l'interdiction de licenciement de la femme enceinte. Le licenciement sera permis si l'employeur fait la preuve du juste motif.

gain de cause (34). L'argument juridique avancé est que la technique judiciaire est indépendante de l'autorisation de procéder au licenciement. N'étant pas rattachées l'une à l'autre, l'employeur est libre d'user des deux. On ne saurait trop condamner une telle solution qui conduit la plupart du temps à une contradiction entre les solutions retenues par les deux organes de contrôle. Mais, là où on ne comprend plus la jurisprudence, c'est lorsqu'elle accepte que l'employeur puisse utiliser la résolution judiciaire quand bon lui semble, et notamment à titre reconventionnel. Ainsi, si l'employeur licencie un délégué du personnel sans respecter les formalités légales, et que ce dernier s'adresse aux juges pour se faire rendre justice, la Cour de cassation admet que l'employeur puisse présenter à ce moment-là, à titre reconventionnel, sa demande en résolution judiciaire. Il n'y a plus aucune différence dès lors entre la rupture du contrat du représentant du personnel, et la rupture abusive d'un simple salarié si ce n'est dans la charge de la preuve du juste motif qui incombe à l'employeur alors qu'en cas de rupture abusive c'est au salarié de faire la preuve de l'abus du droit (35). Et la jurisprudence, qui reconnaît un caractère irrémédiablement abusif au licenciement effectué sans respecter les formalités légales, même si le représentant du personnel a commis une faute (36), ne saurait compenser le droit, pour l'employeur, d'obtenir la résolution judiciaire du contrat du représentant du personnel. La protection des représentants du personnel semble avoir vécu (37), car insensiblement, la jurisprudence en est arrivée à ce qu'il leur soit appliqué le régime particulier, mais commun aux deux catégories de contrats, de la rupture immédiate avec contrôle judiciaire a posteriori.

(34) Soc. 11 janvier 1957, Droit Social 1957-102 ; Soc. 11 juillet 1958, J.C.P. 1958-II-10824, note F.D.

(35) *Infra*, n° 276.

(36) Conseil des Prud'hommes Thionville 17 juin 1968, Droit Ouvrier 1968, p. 343.

(37) M. Boitel, *La protection légale des représentants du personnel dans une impasse jurisprudentielle*, Droit Ouvrier 1968, p. 401.

CONCLUSION

213. — Ce nouveau régime commun aux deux catégories s'apparente-t-il à la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil ou est-il une extension du droit de résiliation unilatérale pour justes motifs au contrat à durée déterminée ? Les auteurs sont divisés sur la question. Les uns, en s'appuyant sur le fondement de la rupture, penchent pour la première solution (38). Les autres, s'appuyant sur le mécanisme même de la rupture et sur la procédure suivie, se déclarent favorables à la seconde (39). En réalité, cette question reste assez théorique dans la mesure où les résultats pratiques sont identiques. Dans les deux cas, la rupture a lieu par une manifestation de volonté, mais elle est justifiée par un motif dont il appartient à l'employeur de faire la preuve.

Ce régime particulier de résiliation immédiate avec contrôle judiciaire « a posteriori » individualise nettement le contrat de travail par rapport aux autres contrats à exécution successive et marque la mesure du particularisme du droit du travail. Le contrôle judiciaire de la décision de rupture, que le contrat soit à durée déterminée ou non, se place généralement après la rupture effective. Le juge avait de nouveau ici le choix entre les deux impératifs antagonistes auxquels doivent obéir les relations individuelles de travail : d'une part, la protection du salarié et, d'autre part, les nécessités techniques et économiques de l'entreprise. Le premier implique un contrôle judiciaire a priori de façon à préserver les droits du salarié à la conservation de son emploi ; le second implique que l'employeur puisse se faire le maître du destin des relations contractuelles, le juge n'intervenant que pour limiter éventuellement cette prérogative, lorsque l'employeur l'a utilisée à mauvais escient. Mais, dans ce cas, la sanction de ce contrôle est inadaptée aux nécessités sociales dans la mesure où seule une compensation pécuniaire peut être envisagée. A condition d'y mettre le prix, l'employeur est le seul maître de la situation et cette constatation est valable quelle que soit la catégorie de contrat qui le lie au salarié. L'abandon du contrôle judiciaire a priori est regrettable sur le plan de la sécurité de l'emploi, mais dans la mesure où il est indépendant de la distinction fondée sur la durée, il réalise déjà pour partie un statut unique de la résiliation.

(38) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, 1, n° 157, p. 279.
(39) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 336.

214. — Il s'avère ainsi que, de plus en plus, les parties au contrat de travail sont autorisées à rompre unilatéralement, et ce aussi bien dans le cadre du contrat à durée déterminée que dans celui du contrat à durée indéterminée. Si le fondement de la rupture doit être recherché dans les causes du droit commun des contrats synallagmatiques — inexécution ou mauvaise exécution — le mécanisme de la rupture, par contre, s'apparente à celui qui est utilisé de façon normale dans le contrat à durée indéterminée. Cette introduction des techniques du contrat à durée indéterminée dans le cadre du contrat à durée déterminée démontre, à notre avis, que le contrat à durée indéterminée tend à devenir la forme de contrat la plus normale.

Dès lors, le problème des garanties dont doit être entouré l'exercice de la rupture se pose avec d'autant plus d'acuité. Par le fait même que la rupture se produit de plus en plus fréquemment à la suite d'une manifestation de volonté unilatérale, les garanties accordées dans le cadre du contrat à durée indéterminée doivent être étendues au contrat à durée déterminée. Cette possibilité d'extension ne peut être dégagée qu'à travers l'étude des modalités de rupture tenant au caractère successif du contrat.

Sous-Titre II

LA RUPTURE ET LE CARACTÈRE SUCCESSIF DU CONTRAT.

215. — Quand on envisage les causes de rupture qui interviennent en fonction du caractère successif du contrat, la distinction des contrats fondée sur la durée semble prendre toute son importance. En effet, les modalités de rupture sont, en principe, fondamentalement différentes. Lorsque la durée du contrat est fixée d'avance, la cause normale d'extinction du contrat est l'arrivée du terme. Par contre, si la durée de la convention n'a pas été fixée, la cause normale de la rupture tient dans l'exercice, par l'un des contractants, du droit de résiliation unilatérale. Or ce dernier présente un vice fondamental par rapport au besoin de sécurité exigé par la condition du salarié : il est discrétionnaire. Théoriquement, chaque partie peut utiliser son droit comme bon lui semble et quand bon lui semble. Une telle liberté est incompatible avec le principe majeur de la sécurité de l'emploi qui anime le droit social.

Rien de tel dans le contrat à durée déterminée. En effet, la réalisation du terme étant indépendante de la volonté des parties et la rupture étant théoriquement impossible avant l'arrivée de ce terme, la fixation d'une date lointaine semblait suffire à assurer cette sécurité.

Une élémentaire justice exige que la protection du salarié ne puisse être fonction de la catégorie à laquelle appartient le contrat. La sécurité de l'emploi ne peut être atteinte que si l'on tend à éviter le risque de rupture du lien contractuel. Ce but peut être atteint en instituant un contrôle des conditions d'exercice de la rupture [chapitre I]. Mais, si le risque doit néanmoins se réaliser, et il faut admettre que le droit de rupture ne puisse être entièrement paralysé, il est nécessaire d'aménager les conditions dans lesquelles cette rupture intervient, de sorte qu'elle cause un préjudice minimum [chapitre II]. Or ce but doit être atteint sans tenir compte de la catégorie de contrat qui lie les parties.

CHAPITRE I

LE CONTROLE DES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA RUPTURE

216. — Dans le contrat à durée déterminée, les parties sont normalement tenues d'exécuter le contrat jusqu'au terme prévu et l'arrivée de ce dernier est insusceptible d'un contrôle autre que celui de la constatation de sa survenance. Au contraire, dans le contrat à durée indéterminée, le législateur, les conventions collectives et la jurisprudence sont intervenus pour pallier les conséquences néfastes de cette liberté dont jouissent les parties d'utiliser comme bon leur semble le droit de rompre le contrat. Si cette intervention ne s'est produite que dans le cadre du contrat à durée indéterminée, c'est parce que l'on estime généralement que la rupture du contrat à durée déterminée, à un moment autre que celui de l'arrivée du terme, est objectivement fautive et donne lieu à réparation et que, dès lors, le contrôle des conditions dans lesquelles elle s'opère serait relativement inutile (1). Il en est résulté une évolution appréciable du contrôle des conditions de la rupture dans le contrat à durée indéterminée, conduisant à une protection accrue du salarié, dont ne semblait pas devoir bénéficier celui qui est lié par un contrat à durée déterminée. Or, les conditions dans lesquelles s'opère la rupture sont parfois identiques dans les deux catégories de contrats. La rupture du contrat à durée déterminée est quelquefois la conséquence directe de la volonté unilatérale de l'une des parties. Dès lors, les restrictions apportées au droit de résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée ont vocation à s'appliquer au contrat à durée déterminée (2). Si une telle constatation ne semble faire aucun doute, le problème peut se révéler sensiblement différent selon que le contrôle est spécialement prévu par une loi ou qu'il dérive de l'application d'un principe plus général, celui de l'abus de droit.

(1) P. Durand et A. Vitu, II, n° 475, p. 895 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 279, p. 464 ; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 3e éd., p. 468.

(2) Ces restrictions à l'exercice du droit de résiliation unilatérale s'imposent aussi bien au salarié qu'à l'employeur. Mais seule la situation de

Section I. — Le contrôle spécial de la rupture

217. — L'implication de la personne même du salarié dans l'exécution du contrat de travail justifie que la plus large liberté de rompre le contrat lui soit reconnue. Il n'en est pas de même en ce qui concerne la liberté de l'employeur à laquelle le législateur a apporté certaines restrictions. Celles-ci peuvent aller d'un simple contrôle des licenciements à l'interdiction pure et simple de licencier, cette interdiction pouvant être absolue ou subordonnee à l'autorisation d'un organe tiers au contrat. Elles vont se justifier soit pour des raisons économiques, soit par une idée de protection particulière de certains salariés. Ainsi la cause ou bien la catégorie protégée étant restreintes, ces restrictions vont être finalement d'une portée relativement faible.

§ 1. — *Le contrôle des licenciements par les services administratifs de la main-d'œuvre* (3).

218. — C'est une loi du 4 septembre 1942 qui, en France, avait pour la première fois prévu un contrôle des licenciements dans le but de maintenir au service des entreprises le personnel nécessaire aux besoins des autorités d'occupation (4). Abrogées en 1944, ces dispositions furent en grande partie reprises par l'ordonnance du 24 mai 1945 (5), complétée par le décret du 23 août 1945 (6) et par les arrêtés des 6 octobre 1945 et 24 janvier 1946 (7). Elles posent un double problème concernant, d'une part, le domaine d'application et, d'autre part, la portée du contrôle qu'elles instituent.

l'employeur sera examinée ici car, d'une part, le fait de ne pas respecter les prescriptions légales de la part du salarié n'a, à notre connaissance, jamais été sanctionné et, d'autre part, si le contrôle jurisprudentiel des mobiles de la rupture s'applique aussi au salarié, la majorité écrasante de décisions est rendue concernant les mobiles de l'employeur. Cf. G.H. Camerlynck, « *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement* », J.C.P. 1958-I-1425 ; J. Blaise, *La réglementation du travail et de l'emploi*, n° 283 in fine, p. 327.

(3) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 472 et s. ; J. Levasseur, *Contrôle de l'emploi et résiliation du contrat de travail*, Droit Social, 1951, p. 320 et Droit Social, 1952, p. 392 ; L. Isselé, *L'influence de l'autorisation administrative sur le contrat de travail*, G.P. 1948, D. 45 ; C.A. Colliard, *La stabilité de l'emploi et les autorisations administratives devant le contrôle juridictionnel*, Droit Social,, 1951-237 ; R. Rodiere, *Le contrôle public de la main-d'œuvre*, J.C.P. 1946-I-498 ; X..., *Le contrôle de l'emploi dans l'ordonnance du 24 mai* 1945, Droit Social, 1948-144 ; P. Durand in C.E.C.A., 1958, p. 39 ; A. Brun et H. Galland, *Traité*, II-316 et s., p. 595 et s. ; G.H. Camerlynck, *opus cité*, p. 241 et s. ; J. Blaise, *Le contrôle des embauchages et des licenciements*, Thèse, Rennes 1961 ; J. Blaise, *La réglementation du travail et de l'emploi*, t. III du Traité de Droit du travail sous la direction de G.H. Camerlynck, n° 280 et s., p. 323 et s. ; J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 4e éd. 1966, p. 513 et s. ; G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Droit du travail*, 2e éd. 1967, n° 411 et s.

(4) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 472, p. 488.

(5) J.C.P. 1945-III-9534.

(6) J.C.P. 1945-III-9852.

(7) J.O. du 10 février 1946, p. 1200.

a) *Le domaine d'application des textes.*

219. — Ce domaine semble être très large. En effet, l'ordonnance dispose : « En vue d'assurer le contrôle des conditions d'emploi, des arrêtés du Ministre du Travail et de la Sécurité sociale et des ministres intéressés, pris après avis des organisations syndicales patronales et ouvrières intéressées, détermineront :

1) Les établissements ou professions dans lesquels tout embauchage ou résiliation de contrat de travail doit être porté à la connaissance des services publics de main-d'œuvre ;

2) Les établissements ou professions dans lesquels tout embauchage ou résiliation de contrat de travail *sera subordonné à l'autorisation préalable* du service départemental de la main-d'œuvre ».

A la lecture de ce texte, on constate déjà une double limite au contrôle du droit de résiliation. D'une part, le domaine d'application est restreint quant aux établissements dans lesquels le texte doit s'appliquer et, d'autre part, il n'est fait mention que de la résiliation, ce qui laisse supposer que seuls les contrats à durée indéterminée sont visés.

220 — Seuls les établissements et professions visés au deuxième paragraphe seront l'objet du contrôle, les autres étant simplement obligés de signaler les mouvements de main-d'œuvre. Aussi, à la suite des textes d'application de cette ordonnance, on distingue trois secteurs dans lesquels les dispositions sont différentes : un secteur « libre », un secteur « surveillé » et un secteur « contrôlé ». Dans le secteur contrôlé seul, la résiliation est subordonnée à l'autorisation préalable. Ce secteur est néanmoins très vaste puisqu'il comprend tous les établissements industriels et commerciaux, même ceux à caractère artisanal (8). Il existe donc un large secteur de l'économie qui se trouve soumis à des règles dirigistes.

221. — Certains contrats de travail échappent à cette législation. Le texte même de l'ordonnance ne semble pourtant faire aucune distinction selon que la durée du contrat a été ou non prédéterminée. Toutefois, l'article 3 de l'arrêté du 6 octobre 1945 précise que le contrat conclu pour une durée maximum de douze jours ouvrables n'est pas susceptible de subir le contrôle des services de la main-d'œuvre. Il faut en conclure que le législateur a entendu exclure du domaine d'application du texte les contrats précaires, c'est-à-dire ceux qui sont conclus pour une durée très brève, sans aucun esprit d'intégration à l'entreprise. Un problème peut se poser pour les contrats de travail conclus par l'intermédiaire des entreprises de travail temporaire. L'entreprise utilisatrice est-elle tenue de solliciter l'autorisation des services de la main-d'œuvre ? D'après l'esprit du texte il ne semblerait pas, de

(8) Art. 2 de l'arrêté du 6 octobre 1945, J.C.P. 1945-III-10006.

tels contrats étant en moyenne très courts (9). Par contre, cette exception ne s'applique pas au contrat à l'essai, dont le même texte prend soin de préciser qu'il est soumis à déclaration (10). Toutefois, cette déclaration ne concerne que l'embauche, car une circulaire ministérielle a déclaré que la rupture du contrat à l'essai n'est pas soumise à l'autorisation préalable des services de main-d'œuvre dans la mesure où « il s'agit d'un contrat dont on connaît la date d'expiration puisque, pour la plupart des professions, la période d'essai est fixée par les conventions collectives ou les usages » (11). Cette explication nous paraît contestable par le fait même qu'elle préjuge de la durée même de l'essai alors que le contrat à l'essai peut être rompu à tout moment et qu'il serait opportun que les services de la main-d'œuvre soient avertis de la résiliation.

222. — Quant au contrat à durée déterminée, bien que les textes soient muets à ce sujet, il semble, malgré tout, que l'employeur soit tenu de solliciter l'autorisation d'embauche au même titre que lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée (12). Mais, en ce qui concerne la cessation des relations contractuelles dans cette catégorie de contrat, l'interprétation des textes a conduit la doctrine à conclure à l'exclusion du contrôle. Pour certains auteurs, le texte de l'ordonnance ne parlant que de la « résiliation », ce terme ne saurait être appliqué au contrat à durée déterminée (13), pour d'autres, les termes de la circulaire ministérielle concernant le contrat à l'essai doivent s'appliquer au contrat à durée déterminée, l'autorisation de conclure un tel contrat emportant celle d'y mettre fin à la date prévue (14).

L'interprétation paraît logique dans la mesure où on voit mal comment l'administration pourrait refuser qu'un contrat à durée déterminée ne se termine à la date prévue. De plus, une telle interprétation permet de résoudre les difficultés que posent les contrats de travail saisonniers (15). Mais il n'en reste pas moins que la différence de traitement ainsi faite entre les deux catégories de contrats peut susciter un renouveau de faveur du contrat à durée déterminée chez les employeurs, peu soucieux d'être contrôlés par un organisme extérieur à l'entreprise, et qu'« elle rendra plus nécessaire encore la vigilance des tribunaux devant de spécieuses formules de durée prétendûment déterminée » (16).

(9) F. Catala-Franjou, *Le travail temporaire en France :* problèmes juridiques, Droit Social 1969, p. 233 et s.

(10) Il s'agit ici d'un argument supplémentaire en faveur de la théorie selon laquelle la période d'essai fait partie intégrante du contrat de travail. *Supra*, 1re partie, n° 92.

(11) Circ. 2/46 M.O. du 8 janvier 1946.

(12) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 109-193 ; R. Rodière, *Le contrôle public du marché de la main-d'œuvre*, J.C.P. 1946-I-498 ; X..., *Le contrôle de l'emploi dans l'ordonnance du 24 mai* 1945, Droit Social 1948-144 ; J. Blaise, *opus cité*, n° 283, p. 326.

(13) R. Rodière, précité.

(14) P. Durand et A. Vitu, précité ; J. Blaise, précité.

(15) J. Blaise, précité.

(16) R. Rodière, précité.

223. — A notre avis, seuls les contrats à durée déterminée par nature doivent être éventuellement exclus du domaine d'application du texte, car, d'une part, la cessation des relations contractuelles y est indépendante de la volonté des parties et, d'autre part, le moment où elle doit intervenir est connu des services de la main-d'œuvre, le but de la législation étant ainsi respecté. Mais tous les contrats de travail soumis à une procédure quelconque de reconduction, dont nous avons estimé qu'ils sont en réalité des contrats à durée indéterminée, car la date d'expiration ne peut en être connue avec certitude, doivent être soumis aux formalités d'autorisation et être sanctionnés au même titre que les véritables contrats à durée indéterminée. De plus, en cas de résiliation anticipée (17), il s'agit d'une véritable résiliation et les arguments que la doctrine oppose à l'application des textes au contrat à durée déterminée tombent. Le contrôle de la résiliation par les services administratifs de la main-d'œuvre a donc vocation à s'appliquer à la rupture du contrat à durée déterminée chaque fois que cette rupture est la conséquence d'une manifestation de volonté unilatérale de la part de l'employeur. Mais il ne fait pas de doute qu'une telle autorisation ne sera jamais sollicitée ; en effet, la rupture anticipée du contrat à durée déterminée est anormale et l'employeur qui rompt de cette façon se soucie peu d'avertir les services de la main-d'œuvre. De plus, le problème a d'autant moins d'importance que la portée de ce contrôle a été largement restreinte par la jurisprudence.

b) *La portée réduite du contrôle.*

224. — Suivant la sévérité avec laquelle la jurisprudence allait appliquer l'ordonnance du 24 mai 1945, elle aurait pu contribuer à paralyser dans une large mesure la possibilité de rupture de l'employeur et assurer ainsi une certaine sécurité à l'emploi. Mais les principes dégagés par les diverses juridictions qui ont eu à trancher la question se révèlent différentes et donnent à ce contrôle une portée réduite.

En premier lieu, un doute pouvait s'élever sur le point de savoir si l'employeur était tenu, dans tous les cas, de solliciter l'autorisation des services de la main-d'œuvre. On pouvait le soutenir car l'article 3 du décret du 23 août 1945 est posé en termes généraux ; mais, comme l'ordonnance avait pour but de faire contrôler les mouvements de main-d'œuvre, on pouvait aussi considérer qu'elle était prise dans un but essentiellement économique et donc que ses dispositions ne devaient pas jouer dès lors que cet aspect économique n'était pas en jeu. A la suite d'un arrêt du Conseil d'Etat du 18 juin 1947 (18), cette opinion fut

(17) Normalement, cette possibilité de résiliation anticipée n'est possible qu'après contrôle préalable du juge (art. 1184 C. civ.). Mais la jurisprudence ayant admis le contrôle a posteriori du juge, tout se passe comme si, en réalité, il s'agissait d'un licenciement. Voir *supra* sous-titre I, n° 163 et s.

(18) C.E. 18 juin 1947, G.P. 1947-I-282 ; Droit Social 1948-231.

soutenue par certains tribunaux correctionnels et Cours d'appel (19), et même par une partie de la doctrine (20). Mais une autre partie de la doctrine critiquait cette solution car, selon elle, la teneur de l'ordonnance n'autorisait pas une telle distinction (21).

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, saisie des pourvois contre les décisions répressives qui appliquaient les sanctions pénales de l'ordonnance, adopte une solution rigoureuse pour l'employeur (22). « Que les motifs allégués soient d'ordre économique ou qu'ils concernent soit l'exécution du contrat de travail, soit l'attitude du salarié à l'intérieur de l'entreprise, l'interdiction de licenciement sans l'autorisation préalable... est générale et absolue » (23). Cette solution est nette. Aucun licenciement ne peut échapper à la procédure de l'autorisation préalable. A notre avis, cette solution est judicieuse et se justifie par l'idée suivante : en imposant à l'employeur de soumettre la demande de licenciement à l'Inspecteur du travail, on aboutira peut-être à permettre à ce dernier de débattre avec l'employeur les cas les plus dignes d'attention sur le plan social.

Ainsi les sanctions pénales s'appliquent en cas d'inobservation des formalités prévues par l'ordonnance du 24 mai 1945, et constituent un moyen de pression sur la volonté de l'employeur.

225. — Mais quelles vont être les conséquences sur le contrat de travail du licenciement opéré en l'absence d'autorisation préalable ? C'était à la Chambre civile, section sociale, de la Cour de cassation de répondre à cette question. Sa position a été déterminée par le contenu de l'article 9 du décret du 23 avril 1945 selon lequel : « Sous réserve des sanctions pénales prévues par l'article 12 de l'ordonnance du 24 mai 1945, les décisions prises par le Service de la main-d'œuvre... ne portent pas atteinte aux dispositions du droit commun qui régissent les rapports entre employeurs et salariés ». Une interprétation bienveillante de ce texte, et qui n'y contrevenait d'ailleurs pas, aurait pu conduire à penser que l'autorisation de licenciement laissait aux salariés le droit à percevoir les indemnités classiques découlant de la rupture du contrat de travail (24), ou bien qu'elle était une condition supplémentaire de valadité du licenciement. La juris-

(19) Nancy 5 novembre 1947, G.P. 1948-I-40 ; T. corr. Châteaudun 12 octobre 1948 ; G.P. 1948-2-218 ; Montpellier 26 octobre 1949, D. 1950-14 ; T. corr. Seine 18 décembre 1948, G.P. 1949-I-115 ; Corr. Aix-en-Provence 5 mars 1949, G.P. 1949, 28 et 31 mai.

(20) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 473, p. 892.

(21) G. Levasseur, *Droit Social* 1951, p. 321, Examen critique de la jurisprudence en matière sociale.

(22) Crim. 28 juin 1951-542, Droit Ouvrier 1951-499, concl. Patin ; Crim. 3 juillet 1951, Droit Social 1951-474 ; Crim. 18 juillet 1952, Droit Ouvrier 1953-19, J.C.P. 1953-II-7350 ; Crim. 5 mars 1953, I.C.E. 1953-910 ; Crim. 13 janvier 1955, J.C.P. 1955-II-8752 ; Crim. 27 juin 1956, J.C.P. 1956-II-9595 ; Crim. 8 janvier 1958, Bull. 1958, n° 32, p. 56 ; Crim. 17 mars 1959, Bull. 1959, n° 194, p. 387.

(23) Crim. 17 mars 1959, précité ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, 1967, p. 374 et 380.

(24) A. Brun et H. Galland, II-319, p. 597.

prudence des tribunaux (25) et celle de la Chambre sociale de la Cour de cassation ne sont pas dans ce sens. Pour éviter que le droit de résiliation de l'employeur ne soit paralysé par l'intervention d'un organisme, tiers au contrat de travail, elles ont estimé que le licenciement demeurait valable en dépit de l'irrégularité d'ordre administratif. Cette solution a soulevé les critiques d'une grande partie de la doctrine (26), mais la position jurisprudentielle est maintenue avec constance. Non seulement le licenciement opéré n'est pas nul (27), mais le défaut d'autorisation à lui seul ne suffira même pas à le rendre abusif (28). De plus, l'administration, lorsqu'elle refuse le licenciement, ne peut pas, conformément au principe général, ordonner la réintégration (29). En définitive, le droit commun du licenciement n'a donc absolument pas été modifié par l'ordonnance du 24 mai 1945.

226. — Mais si la portée de l'ordonnance du 24 mai 1945 est ainsi limitée, quels vont être les pouvoirs de l'Administration ? C'est le Conseil d'Etat qui les a fixés. L'Administration ne peut refuser le licenciement que *pour des motifs d'ordre économique.* Elle commet un abus de pouvoir si elle apprécie les motifs de la rupture sur le plan juridique des rapports de travail entre l'employeur et le salarié. Tout refus fondé sur une appréciation de la faute commise par le salarié (30) ou fondé sur l'appréciation des aptitudes du salarié (31) ou sur la méconnaissance par l'employeur des règles relatives à la rupture du contrat de travail (32) sera considéré comme irrégulier. Ces motifs juridiques ne se rattachent à aucun motif économique et, en les appréciant, l'Administration excède ses pouvoirs. Par contre, le fait de considérer que des ouvriers font des heures supplémentaires dans l'établissement où un ouvrier est mis en chômage, n'excède pas les pouvoirs de l'Administration qui refuse régulièrement l'autorisation (33). D'ailleurs, devant l'extension des licenciements collectifs dus aux transformations actuelles de l'économie, une circulaire du ministre du Travail du 7 novembre 1962 recommande aux services de la main-d'œuvre d'être très vigilants et de

(25) C.P. Bordeaux 9 août 1945, G.P. 1945-2-117 ; T. civ. Seine 7e ch. 7 décembre 1945, G.P. 1946-I-44.

(26) C.A. Colliard, « *La stabilité de l'emploi et les autorisations administratives devant le contrôle juridictionnel* », Droit Social 1951, p. 237 ; P. Durand, *opus cité*, eod. loc. ; G. Levasseur, *opus cité*.

(27) Soc. 26 juin 1947, J.C.P. 1947-II-3915 ; Soc. 24 janvier 1947, S. 1947-1-71 ; Soc. 12 février 1954, Bull. 1954-IV, n° 109, p. 80 ; Soc. 3 mars 1965, Bull. 1965-IV, n° 175, p. 145.

(28) Soc. 12 février 1954, Bull. 1954-IV, n° 109, p. 80 ; Soc. 27 janvier 1956, Bull. IV, n° 106, p. 77 ; Soc. 20 mai 1959, I.C.E. 1960-464 ; Soc. 14 juin 1967, Bull. 1967-IV, n° 479, J.C.P. 1967-IV-114 ; Soc. 7 janvier 1970, J.C.P. 1970-IV-47, D. 1970, som. 91.

(29) Soc. 19 mai 1950, Bull. 1950-IV, n° 431, p. 288. Voir *infra* sur la réintégration, n° 374.

(30) C.E. 31-12-1948, Rec. Lebon, 458 ; C.E. 29-4-1949, S. 1949-III-56.

(31) C.E. 31-12-1948, Rec. Lebon, 459 ; C.E. 3-2-1950, J.C.P. 1950-II-5861.

(32) C.E. 25-2-1953, Droit Social 1953-284.

(33) C.E. 24 juillet 1953, Rec. Lebon, 393 ; C.E. 2 mai 1962, Rec. Lebon, 293.

vérifier les horaires de travail et le respect des procédures prévues par la loi. Mais les termes de la circulaire de 1948 (34), qui insistait principalement sur les nécessités de la mobilité de la main-d'œuvre et qui précisait que l'Administration « n'a pas à se substituer aux tribunaux compétents pour trancher les litiges, créés de l'exécution d'un contrat de travail », sont toujours valables et doivent être appliqués.

227. — Il n'en reste pas moins que, lorsque l'on compare les solutions données par les différentes juridictions, on est obligé d'admettre que le système est assez peu cohérent. Ainsi, si le service de la main-d'œuvre refuse le licenciement, ce dernier sera, malgré tout, valable sur le plan civil tout en étant réprimé sur le plan pénal. La doctrine déplore la tolérance dont fait preuve la jurisprudence envers les pratiques patronales qui violent les lois (35). Il faut néanmoins relever que ce texte d'inspiration dirigiste est spécialement orienté vers une finalité économique. En aucune manière, malgré l'impression favorable qui se dégageait de sa lecture, il n'avait pour but la protection du salarié contre les licenciements.

Un contrôle de l'exercice de la résiliation unilatérale a bien été prévu, mais ce contrôle porte en lui ses limites. Il ne s'agit que d'une mesure d'ordre économique et, de ce fait, le pouvoir arbitraire de l'employeur n'est pas limité. Le contrôle de l'emploi et du congédiement n'a pas pour effet de restreindre la liberté des parties mais seulement de donner aux autorités administratives un moyen d'exercer une influence sur l'orientation de la main-d'œuvre et de connaître la situation du marché du travail. La double finalité économique et sociale du droit du travail est ici très sensible. Les impératifs de l'économie donnent à l'administration le droit d'interdire les licenciements mais sans que la protection du salarié intervienne dans ses considérations. Cette protection ne peut être assurée que par les juridictions de droit privé. Finalement, le droit de résiliation unilatérale de l'employeur n'est pas entravé, car les textes ont été pris en fonction de données économiques. Dans ce cas, l'économique prime le social.

§ 2. — *La protection spéciale de certains salariés.*

228. — La situation de certains salariés a retenu l'attention du législateur qui, pour eux, a institué une réglementation spéciale du licenciement. Le fondement de cette protection accrue peut être recherché dans deux directions différentes. D'une part, le législateur a voulu protéger certains salariés contre les risques de licenciement inhérents à leur position particulière dans l'entreprise : ce sont les textes instituant la protection des représen-

(34) Circ. minist. du 31 mars 1948 ; voir G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 248.

(35) C.A. Colliard, précité ; G. Levasseur, précité.

tants du personnel ; d'autre part, il a voulu aussi protéger les salariés qui, en raison de leur état physique, sont plus susceptibles que d'autres d'être exposés au risque de licenciement, ce qui est notamment le cas de la femme enceinte.

a) *Le licenciement des représentants du personnel* (36).

229. — Une protection particulière des représentants du personnel doit être envisagée car ils sont, plus que les autres salariés, exposés au risque de licenciement. En effet, parce qu'ils sont amenés à présenter des réclamations, ou parce que, syndicalistes, ils sont souvent à l'origine de l'agitation dans l'entreprise, les représentants du personnel doivent être plus spécialement protégés, si on veut qu'ils puissent remplir correctement et librement leurs fonctions.

Des mesures particulières ont été prises et elles font l'objet des articles 22 de l'ordonnance du 22 février 1945 et 16 de la loi du 16 avril 1946. Ces dispositions ont été complétées par les ordonnances et décret du 7 janvier 1959 et par la loi du 18 juin 1966.

230. — Le principe retenu par ces textes est *l'interdiction pour l'employeur de licencier* un représentant du personnel sans avoir obtenu au préalable l'autorisation du comité d'entreprise, ou, à défaut, celle de l'Inspecteur du travail. On voit donc ici que l'atteinte au droit de résiliation unilatérale de l'employeur est importante et la jurisprudence a été jusqu'à parler de la nécessité « de concilier la sauvegarde des intérêts de la classe ouvrière et le respect de l'autorité patronale » (37). Une telle conciliation se révèle très délicate, de sorte que les décisions de jurisprudence et les commentaires doctrinaux sur la matière sont très nombreux.

(36) De nombreuses études ont été consacrées à ce problème : P. Durand, *Les problèmes posés par la protection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, Droit Social* 1950-401 ; M. Boitel, *Le torpillage des lois protectrices des délégués du personnel et membres des comités d'entreprise,* Droit Ouvrier 1952-119 ; L'illégalité de la résolution judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise, Droit Ouvrier 1957-344 ; M. Boitel, *L'irrecevabilité de la demande patronale en résolution judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel,* surtout depuis le décret du 7 janvier 1959, Droit Ouvrier 1962-139 ; L. Isselé, *La résolution judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel,* G.P. 1957-2-15 ; G.H. Camerlynck, *Le nouveau statut protecteur des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise,* J.C.P. 1959-I-1482 ; P. Sornay, *Le congédiement des délégués du personnel et membres du comité d'entreprise,* D. 1959, chr. p. 55 ; H. Sinay, *La suspension du contrat de travail à titre disciplinaire,* D. 1960, chr. 215 ; J. Blaise, *La protection des candidats aux fonctions de représentant du personnel,* J.C.P. 1961-I-1639 ; P. Bizière, *De la protection des candidats aux fonctions de délégué,* I.C.E. 1962-606 ; Action résolutoire de l'article 1184 du Code civil et contrat de travail, I.C.E. 1962-587 ; M. Cohen, *Le statut des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise,* Paris 1964, p. 453 et s., supplément mis à jour au 1er juin 1967, Paris 1967.

(37) T. corr. Limoges 17 décembre 1958, Droit Ouvrier 1959-87.

Ici encore le droit de résiliation unilatérale de l'employeur est paralysé, ou plutôt soumis à l'autorisation d'un organisme, tiers au contrat de travail. Cet organisme doit contrôler les motifs qui poussent l'employeur à rompre le contrat du représentant du personnel. Mais la solution législative au problème de la protection des représentants du personnel est tellement exorbitante du droit commun, qu'elle n'a pas trouvé, encore aujourd'hui, de solution satisfaisante en droit positif (38).

231. — Il faut remarquer que la loi ne parle que du licenciement du représentant du personnel. Un problème peut se poser si ce délégué du personnel est lié à l'employeur par un contrat à durée déterminée. En principe, dans ce cas, l'expiration du contrat par l'arrivée du terme ne pouvant pas s'analyser en un licenciement, il faut en déduire que les prescriptions de l'article 16 de la loi du 16 avril 1946 ne peuvent pas s'appliquer. La Cour de cassation tranche en ce sens (39).

Cette solution est logique mais ne saurait s'appliquer à tous les contrats que les parties qualifient de temporaires. Ainsi, s'il s'agit d'un contrat à durée déterminée renouvelable par tacite reconduction, nous avons estimé que de tels contrats étaient en réalité des contrats à durée indéterminée dans lesquels les parties ont volontairement limité leur droit de résiliation unilatérale à certaines périodes bien précises (40). L'acte de volonté nécessaire pour mettre fin aux relations contractuelles doit s'analyser dès lors en un licenciement et, dans ce cas, il semble normal d'exiger le respect des formalités légales. Il en sera de même dans toutes les hypothèses où, pour marquer la fin du contrat, un acte de volonté unilatérale est nécessaire. Ce qui compte, ce n'est pas le fait que les parties aient qualifié leur acte juridique de contrat à durée limitée ou non, mais le fait que, pour y mettre fin, il soit nécessaire à l'employeur de prendre une décision unilatérale. Dès lors, l'autorisation de mettre fin au contrat est, à notre avis, requise. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a malheureusement pas suivi ce raisonnement. Elle estime que le non-renouvellement du contrat ne s'analyse pas en un licenciement au sens de la loi (41).

232. — La solution donnée par la Cour de cassation dans l'hypothèse de l'arrivée du terme, ne saurait s'appliquer non plus à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée du représentant du personnel. Ainsi, on peut supposer que l'employeur prétexte une faute du salarié pour rompre sur-le-champ le contrat à durée déterminée et ceci, en prétendant qu'il n'a pas à solliciter l'autorisation de qui que ce soit, la loi ne s'appliquant qu'au licenciement dans le contrat à durée indéterminée. Une telle argumentation nous paraît fallacieuse et dangereuse. D'une part, elle

(38) M. Cohen, *opus cité*, p. 460.
(39) Soc. 10 octobre 1962, Bull. 1962-IV, n° 698, p. 578, I.C.E. 1963, p. 575.
(40) *Supra*, 1re partie, n° 118.
(41) Soc. 10 octobre 1962, Bull. 1962-IV, n° 698, p. 578.

va totalement à l'encontre du but recherché par le législateur : en effet, la protection du représentant du personnel ne serait pas assurée. D'autre part, même si elle est motivée par une faute grave, la rupture est le fait d'une décision unilatérale de l'employeur, qu'il sera, à juste titre, possible d'analyser en un licenciement. Il nous semble donc que l'autorisation requise par les textes devrait être demandée aussi bien en cas de non-renouvellement du contrat à durée déterminée qu'en cas de rupture anticipée pour quelque motif que ce soit.

233. — Il semble que le législateur ait fait un pas dans cette direction à propos de la loi sur le droit syndical dans l'entreprise. L'article 13 de la loi du 27 décembre 1968 envisage expressément le cas du renouvellement du contrat à durée déterminée du délégué syndical et renvoie aux dispositions concernant les délégués du personnel (42). Cette loi est d'une extrême importance pour notre problème, car elle est une des rares lois (43) qui envisage expressément le non-renouvellement du contrat à durée déterminée. Le législateur prend conscience du fait que la distinction des contrats fondée sur la durée ne devrait avoir, en réalité, que peu d'incidences sur les problèmes posés par la rupture du contrat de travail et étrangers à la considération de la durée du contrat.

233 bis. — Le changement d'optique du législateur se précise et vient confirmer l'analyse à laquelle nous avons abouti. En effet, une loi du 13 novembre 1969 (44), modifie et complète l'article 22 de l'ordonnance du 22 février 1945 et l'article 16 de la loi du 16 avril 1946. Elle dispose qu'au cas où l'employeur envisagerait de ne pas renouveler le contrat, application devra être faite avant la date d'expiration dudit contrat de la procédure prévue par l'article 22 modifié de l'ordonnance du 22 février 1945 en cas de licenciement. De plus, elle étend au contrat à durée déterminée les délais de protection prévus pour les contrats à durée indéterminée et notamment, dans les branches à caractère saisonnier, ces délais sont prolongés d'une durée égale à la période habituelle d'interruption de l'activité du salarié.

L'assimilation envisagée paraît complète. En effet, M. Lambert, rapporteur de la commission des Affaires sociales devant le Sénat (45), précise que « cette disposition nouvelle vise à obliger l'employeur... à observer la procédure applicable en cas de licenciement ». Et il précise que « l'employeur pourra, selon les

(42) Loi du 27 décembre 1968, I.C.E. 1969-13, commentaire J. Garay, R.P.D.S. 1969, p. 5, commentaire M. Cohen: Voir également H. Sinay, *L'exercice du droit syndical dans les entreprises :* Historique et perspectives, D. 1969, chr. 77.

(43) Le statut des V.R.P. de 1937 a envisagé également le contrat à durée déterminée à propos de l'indemnité de clientèl, art. 29 o, L. I, C. trav., voir *infra,* n° 404.

(44) Loi 69-1013 du 13 novembre 1969, J.O. 14 novembre 1969, J.C.P. 1969 III-36087, J.C.P. 1970-I-2297 bis.

(45) J.O. Débats parlementaires Sénat 31 octobre 1969, p. 638.

circonstances, utiliser l'une des deux procédures suivantes pour se séparer du salarié : avant l'expiration du contrat, il devra utiliser la procédure de licenciement en justifiant — sans y être légalement tenu — son attitude devant le comité d'entreprise et éventuellement devant l'Inspecteur du travail ; après l'expiration du contrat, il devra invoquer un motif sérieux et légitime à l'appui de sa décision » (46).

Et il ajoute que « si le contrat contient une clause expresse de tacite reconduction qui fait obligation à chaque partie de prévenir son cocontractant un certain temps avant l'expiration du contrat, il est bien évident que l'employeur sera alors tenu d'observer la première procédure ». Comment dire de façon plus claire qu'il y a là un véritable licenciement ? A la suite de cette loi, la jurisprudence défavorable au salarié qui refusait d'analyser le refus de renouvellement en un licenciement doit disparaître. L'analyse civiliste doit céder le pas aux réalités sociales.

b) *L'interdiction du licenciement de la femme enceinte.*

234. — Les représentants du personnel sont protégés contre les licenciements en raison de leurs fonctions ; en ce qui concerne la femme, c'est plus particulièrement en raison de son état que le législateur a été amené à envisager une protection particulière. Le législateur, tant sur le plan pénal que civil, était déjà intervenu le 2 septembre 1941. Mais cette intervention, peut-être trop sévère sur le plan pénal et trop timide sur le plan civil, n'assurait pas une protection suffisante et il a dû intervenir une nouvelle fois par une loi du 30 décembre 1966 (47).

235. — Sur le plan pénal, la loi du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance (48), prévoyait des peines d'amende et d'emprisonnement pour l'employeur qui rompait le contrat de travail de la femme pour cause de grossesse ou d'accouchement. Ce texte est resté pratiquement sans application, d'une part, en raison de la sévérité des peines, mais surtout, d'autre part, parce que l'inspecteur du travail n'avait pas compétence pour relever l'infraction. L'article 2 de la loi du 20 décembre 1966 abroge l'article 2 de la loi du 2 septembre 1941 et donne compétence à l'inspecteur du travail pour constater les infractions aux dispositions protectrices en ajoutant l'article 29 du Livre I du Code du travail à l'énumération de l'article 107 a du Livre I du Code du travail. Quand aux sanctions pénales, la loi s'en remet à un décret pris en Conseil d'Etat (49). Il semble donc que, sur le plan pénal la compétence donnée à l'inspecteur du travail pour la constatation des infractions soit un réel progrès dans le sens d'une protection efficace et effective.

(46) Sur les problèmes de la charge de la preuve, voir *infra*, n° 285.

(47) Loi n° 66-1044 du 30 décembre 1966, J.C.P. 1967-III-32624, J.O. du 31 décembre 1966.

(48) Loi du 2 septembre 1941, J.C.P. 1941-III-4900.

(49) Décret du 9 juillet 1968, J.O. du 14 juillet, I.C.E. 1968, p. 957. Amende de 400 à 1.000 F pouvant être portée à 2.000 F en cas de récidive. Voir Contrat de travail et maternité, I.C.E. 1968, novembre.

236. — Sur le plan civil, la dernière rédaction de l'article 29 du Livre I du Code du travail dérivait du décret du 2 février 1955 pris en application de la loi sur les pouvoirs spéciaux du 24 août 1954. Il était interdit à l'employeur de prendre en considération, comme cause de la rupture du contrat de travail, la période pré et postnatale de suspension de 14 semaines. Mais il pouvait prononcer un licenciement pour tous autres motifs légitimes. Dès lors, se posait un difficile problème de preuve. Etait-ce à l'employeur de justifier de la réalité du motif distinct ou était-ce à la salariée, conformément aux principes généraux, de prouver que le motif véritable de son licenciement résidait dans son état ?

Le principe du contrôle des motifs de licenciement était admis mais l'efficacité de ce contrôle dépendait de sa mise en œuvre. La charge de la preuve, suivant qu'elle pesait sur l'une ou l'autre partie, faisait varier l'étendue de la protection. En règle générale, la jurisprudence décidait que la concomitance de la rupture et de l'état de grossesse ne suffisait pas à caractériser le licenciement abusif (50). Toutefois en cas de renvoi d'une femme en congé de maternité, elle décidait que c'était à l'employeur d'établir le motif légitime de renvoi (51). Un arrêt récent reprend cette solution : « Si le congédiement d'une employée en congé de maternité n'a été donné que pour la date prévue pour sa reprise du travail, le fait qu'il ait été notifié à celle-ci au cours de la période légale de suspension de son contrat de travail pour maternité, *fait présumer* que cette suspension est la cause de la rupture et met à la charge de l'employeur la preuve que sa décision était consécutive à d'autres circonstances » (52). Le renvoi est alors considéré comme abusif. Cette jurisprudence était approuvée par la doctrine (53).

La nouvelle rédaction de l'article 29 résultant de la loi du 30 décembre 1966 pose, en principe, l'interdiction de licenciement de la femme dès qu'elle est en état de grossesse médicalement constatée et pendant les 12 semaines succédant à l'accouchement. Si la résiliation intervient avant cette constatation médicale, la salariée peut, dans un délai de huit jours justifier de son état par l'envoi d'un certificat médical par lettre recommandée. Ce licenciement est alors annulé et l'employeur est tenu de payer

(50) Soc. 27 avril 1960, J.C.P. 1960-IV-85 ; Soc. 14 février 1963, Bull. 1963-IV, p. 132 ; Soc. 16 mars 1964, Bull. 1964-IV, p. 210.

(51) Soc. 4 mai 1939, S. 1939-I-270 ; Soc. 11 mars 1954-IV-172 ; Soc. 24 mars 1958, D. 1958-I-462 ; Soc. 4 novembre 1961-773 et la note ; Soc. 24 janvier 1962, I.C.E. 1962-769 ; Soc. 16 mars 1964, Bull. 1964-IV, p. 210 ; Soc. 18 janvier 1967, J.C.P. 1967-IV-30. La Cour de cassation censure les juges du fond pour avoir rejeté une demande de dommages-intérêts de la salariée sans rechercher si le motif invoqué par l'employeur était justifié L'influence de la loi du 30 décembre 1966 se fait nettement sentir dans cette décision.

(52) Soc. 18 juillet 1967, Bull. 1967-IV, n° 585, p. 493, D. 1967-600 et la note, J.C.P. 1967-IV-138.

(53) G. Roche, « *La femme en droit du travail* », J.C.P. 1964-I-1870 ; A. Brun et H. Galland, II, 325, p. 607 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 139, p. 242.

le salaire pendant la période couverte par la nullité (54). De plus, la loi consacre la jurisprudence favorable à la salariée. Elle précise que l'employeur peut licencier la femme s'il justifie d'une faute grave ou d'un motif étranger à son état. Il en résulte donc que c'est à l'employeur d'apporter la preuve du motif étranger qu'il invoque. Le législateur est donc intervenu en renforçant la protection légale accordée à la femme enceinte : d'une part, il interdit le licenciement, c'est-à-dire il supprime totalement le droit de résiliation unilatérale de l'employeur pendant la période de suspension du contrat ; d'autre part, pour la période pendant laquelle le contrat n'est pas encore suspendu, il reprend les principes dégagés par la jurisprudence en leur donnant force obligatoire et c'est à l'employeur d'apporter la preuve du motif légitime.

237. — Mais, cette loi est seulement valable pour la résiliation du contrat à durée indéterminée. En effet l'alinéa 3 de la loi du 30 décembre 1966 prend soin de préciser que les alinéas précédents ne font pas obstacle à l'échéance du contrat de travail temporaire. L'arrivée du terme met fin au contrat par extinction et la suspension pour grossesse ne saurait avoir pour effet de prolonger le contrat au-delà de la date d'expiration prévue. Si cette solution est incontestable, ici se pose à nouveau le problème du non-renouvellement du contrat temporaire arrivé à terme mais prorogeable. Le refus de renouvellement doit être considéré comme un licenciement puisque le contrat peut s'analyser en un contrat à durée indéterminée (55). Il traduit une manifestation de volonté unilatérale équivalente au droit de résiliation unilatérale. Dès lors, l'employeur qui refuserait de renouveler le contrat temporaire prorogeable d'une femme enceinte, tomberait sous le coup de la loi du 30 décembre 1966. La solution nous paraît d'ailleurs être identique dans l'hypothèse de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée pour raison de grossesse. Si l'employeur ne peut prouver le motif légitime de la rupture, il devra être condamné à payer les salaires de la période couverte par la nullité dans le contrat à durée indéterminée sauf si le terme devait intervenir au cours de cette période, auquel cas les salaires seraient dus jusqu'au terme.

(54) T. Instance de Rochefort-sur-Mer 11 janvier 1968 Naud/Ardouin, Liaisons Sociales du 11 avril 1968, n° 33-51. Le licenciement auquel s'est livré l'employeur est nul. Les juges du fond, conformément à la loi, condamnent l'employeur au paiement des salaires couvrant la période allant du jour de la rupture à la date d'expiration de la période de 12 semaines suivant la date présumée de l'accouchement. Mais l'employeur n'ayant pas eu un comportement dolosif et malicieux, ils n'accordent pas de dommages-intérêts. Toutefois, il semble que le congédiement effectué sans apporter de justification, entraîne automatiquement le caractère abusif. Et l'employeur ne saurait se prévaloir du fait que le décret d'application n'est pas encore publié pour soutenir que l'application de la loi doive être différée. Amiens 28 mars 1968, J.C.P. 1968-II-15663 et la note ; Soc. 4 décembre 1968, J.C.P. 1969-II-15951 bis.

(55) Voir *supra*, n° 118.

238. — Le droit de résiliation unilatérale de l'employeur est donc entravé de façon plus ou moins accentuée par divers textes de lois qui, s'ils ne s'appliquent pas à la cessation du contrat à durée déterminée par arrivée du terme, sont susceptibles de s'appliquer aux hypothèses de non-renouvellement ou de rupture anticipée. Il est incontestable que l'entrave à ce droit est particulièrement favorable au salarié et peut, dans une certaine mesure, faire en sorte qu'il conserve son emploi. Mais il faut aussi remarquer la limite de cette protection. D'une part, les textes institués sont prévus pour des catégories bien particulières de salariés et, d'autre part, lorsqu'ils sont prévus d'une façon générale, le but à atteindre étant spécial, le contrôle institué ne peut porter atteinte aux dispositions du droit commun régissant la rupture. Or la jurisprudence décide, en général, que les dispositions de droit commun, à vrai dire souvent inadaptées à la matière spéciale du contrat de travail, l'emportent toujours lorsque la loi ne vient pas préciser les modalités particulières.

239. — On pourrait penser alors que les conventions collectives aient un rôle à jouer dans le contrôle des décisions de rupture émanant de l'employeur. En réalité, ce rôle est négligeable et ceci pour deux raisons essentielles : d'une part, l'employeur soucieux de conserver au maximum sa liberté de congédiement, répugne à accepter les clauses qui viendraient la limiter par le recours à des organismes d'arbitrage ou même simplement par des garanties de défense pour le salarié. D'autre part, lorsque ces garanties existent, on est frappé par leur caractère vague (avis et information (56)) et elles ne sauraient restreindre valablement le droit de résiliation de l'employeur. Lorsqu'elles sont importantes, la sanction de leur inobservation est analogue à celle des textes légaux ; ce sont les principes de la rupture abusive qui s'appliquent (57). Dès lors, le problème de l'extension du contrôle des conditions d'exercice de la rupture au contrat à durée déterminée se pose dans un cadre beaucoup plus général : celui de l'abus du droit de rompre les relations contractuelles.

(56) On peut donner quelques exemples de procédure à suivre : art. 45 Conv. coll. des ouvriers de Fabriques de papier, carton, cellulose des Vosges du 2 décembre 1955 : « Avant de procéder à un licenciement individuel l'employeur s'entourera *des avis et informations susceptibles de le guider dans sa décision* et convoquera l'intéressé en lui précisant qu'il conserve dans tous les cas la faculté de se faire accompagner par un délégué du personnel. L'intéressé sera donc en mesure de présenter lui-même ou avec le concours du délégué les observations qu'il aurait à faire valoir. La décision de licenciement ne pourra être prise par l'employeur qu'après audition de ces observations qui devront être faites dans un délai de 48 heures ».

Dans le même sens : Conv. coll. du travail pour l'Industrie du travail des métaux de la Moselle du 22 mars 1955, art. 24 - Conv. coll. nationale de l'ameublement du 5 décembre 1955, art. 48 - Conv. coll. des Salines de Meurthe-et-Moselle du 15 avril 1955, art. 11.

(57) Soc. 28 mars 1955, J.C.P. 1955-IV-78. *Adde :* D. Autié, *Nouveaux aspects de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de la rupture abusive du contrat de travail,* Droit Social, 1956, p. 156.

Section II. — Le contrôle général : l'abus du droit de rompre

240. — Le législateur, lorsqu'il concède des droits, n'en détermine souvent pas la limite. C'est donc à la jurisprudence qu'est dévolu le rôle de préciser le contenu de ces droits et de sanctionner les abus qui se révèlent à l'occasion de leur exercice. Dans le contrat de travail à durée indéterminée, la notion d'abus a d'abord été sous-entendue par la loi du 27 décembre 1890 qui complétait l'article 1780 du Code civil, et fut enfin consacrée par la loi du 19 juillet 1928 : « la réalisation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts » (58). Cette loi a été incorporée à l'article 23 Livre I du Code du travail et, de ce fait, elle paraît ne devoir s'appliquer qu'à la rupture du contrat à durée indéterminée ; cela paraît logique car « stricto sensu » il ne saurait y avoir « rupture abusive » du contrat temporaire. Ou bien le contrat est rompu avant terme et, dès lors cette rupture est fautive car elle va à l'encontre de la volonté exprimée des contractants : il y a alors faute contractuelle et non abus du droit puisque, par définition, il n'y a aucun droit de rompre le contrat avant le terme. Ou bien, le contrat s'éteint par l'arrivée du terme et il ne peut non plus y avoir abus du droit puisque la volonté des contractants n'intervient pas lors d'une telle cessation des relations contractuelles (59). Ces considérations expliquent que toute la théorie de la rupture abusive se soit développée dans le cadre du contrat à durée indéterminée.

241. — Mais les raisons mises en avant pour exclure le contrôle des conditions d'exercice de la rupture dans le contrat à durée déterminée ne nous paraissent pas péremptoires. D'une part, on ne peut déduire du fait que l'abus de droit soit uniquement prévu dans l'article 23 Livre I du Code du travail, l'exclusion de son application au contrat à durée déterminée. En effet, si on prend l'exemple de l'article 23 § 7, introduit également par la loi de 1928, et qui pose le principe du transfert des contrats de travail en cours au nouvel employeur à la suite d'une modification dans la situation juridique de l'entreprise, on ne saurait soutenir que

(58) M. Planiol et G. Ripert, t. XI par A. Rouast, n° 865 et s. ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 460, p. 866 et s. ; A. Brun et H. Galland, II, 291 et s. ; G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, n° 103 et s. *Adde* : Contrat de travail, I, n° 195, p. 349 et s. ; R. Prieur, *L'abus de droit dans la formation et dans la dissolution du contrat de travail*, Thèse Paris, 1942 ; D. Autié, *La rupture abusive du contrat de travail*, Thèse Paris, 1955. *Adde :* Nouveaux aspects de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de la rupture abusive du contrat de travail, Droit Social 1956, p. 153 ; J. Guyenot, « *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée* », in « *La tendance à la stabilité du rapport contractuel* », L.G.D.J. Paris 1960, p. 235 et s. ; M. Panayotopoulos, *Le contrôle judiciaire du licenciement dans le droit des pays membres de la communauté économique européenne et celui de la Grèce*, L.G.D.J., 1969.

(59) Le juge qui accorde une indemnité de rupture abusive au salarié dont le contrat temporaire s'est éteint par arrivée du terme voit normalement sa décision consurée par la Cour Suprême, Soc. 3 décembre 1955, Bull. 1955-IV, p. 656.

l'inclusion de cette disposition dans l'article 23 en ôte le bénéfice aux salariés liés par un contrat à durée déterminée. Ce qui est valable pour cette disposition se doit de l'être pour les autres. D'autre part, s'il est certain que la cessation normale des relations contractuelles dans le contrat à durée déterminée est constituée par l'arrivée du terme, qui n'implique par une manifestation de la volonté des parties et exclut par-là même l'application de la théorie de la rupture abusive, cette dernière doit pouvoir s'appliquer chaque fois que la rupture trouve son origine dans une manifestation de volonté fautive de l'employeur. La faute contractuelle, objective, n'empêche pas qu'une intention nuisible soit à l'origine de la rupture et si cette faute cause un préjudice particulier, que celui-ci soit réparé. Une étude de la jurisprudence permettra peut-être de dégager une tendance à consacrer l'abus de droit, même en matière de contrat à durée déterminée, ce qui constituerait un pas appréciable vers une harmonisation des régimes de rupture.

242. — L'identité de régime applicable à la rupture du contrat découlera en grande partie de l'extension du contrôle au contrat à durée déterminée. Mais cette unification du contrôle peut être recherchée également au travers des limitations qui doivent être apportées au contrôle jurisprudentiel et dont l'origine se trouve généralement dans la prise en considération des pouvoirs de l'employeur.

Ces limitations sont de deux ordres : d'une part, il faut admettre que la liberté de décision des parties puisse parfois prévaloir sur l'impératif de sécurité des relations contractuelles. Ce sera essentiellement le cas du début des relations de travail lorsque les parties ne sont pas certaines que leurs rapports peuvent s'avérer fructueux. Il existe ainsi une période du contrat de travail pendant laquelle, en principe, la théorie de la rupture abusive semble ne pas devoir s'appliquer : c'est la période d'essai, qui prélude aussi bien à une période de durée déterminée qu'indéterminée. D'autre part, dans le litige qui oppose l'employeur et le salarié, chaque partie est tenue de prouver lorsqu'elle se trouve en position de demandeur au procès. Mais cette preuve est plus ou moins difficile à rapporter selon que le contrat est à durée indéterminée ou déterminée. La charge de la preuve est lourde pour le salarié lié par un contrat à durée indéterminée, d'autant plus lourde qu'il s'agit de renverser la présomption du caractère normal de la résiliation découlant de l'exercice d'un droit. Il nous paraît utile, dès lors, d'étudier le problème de la charge de la preuve.

Ainsi, dans le cadre général que constitue la théorie de l'abus de droit, il nous faut étudier le développement du contrôle jurisprudentiel dans la rupture du contrat à durée indéterminée, ce qui pourra permettre de dégager le sens de l'évolution et d'envisager l'extension actuelle de ce contrôle au contrat à durée déterminée. Mais, dans une perspective d'uniformisation du régime

applicable, il faut aller plus loin et poser le problème de la période d'essai ainsi que celui de la charge de la preuve.

§ 1. — *L'évolution du contrôle jurisprudentiel dans le contrat à durée indéterminée.*

243. — Si le législateur a prévu la possibilité pour les parties d'abuser du droit de résiliation unilatérale, il ne précise pas les causes de l'abus. Cette abstention laisse toute latitude à la jurisprudence qui va pouvoir exercer son contrôle avec toute la souplesse désirable, en tenant compte des transformations économiques et sociales. Mais une autre conséquence de cette abstention est la prolifération des litiges. En effet, le salarié licencié alors qu'il n'a commis aucune faute est instinctivement porté à demander des dommages-intérêts pour ce qu'il considère être une injustice. Le principe même du droit de résiliation unilatérale « heurte de plus en plus la conscience de la collectivité ouvrière » (60). Or l'objet du droit du travail est de répondre au sentiment que le milieu social a de la justice. A cet égard, la théorie de l'abus du droit peut jouer un rôle primordial. En élaborant une importante jurisprudence sur la résiliation abusive, la Cour de cassation peut faire en sorte que cet esprit de justice souffle sur le contrat de travail. Cependant, l'afflux des litiges a suscité des hésitations et parfois même des contradictions de la jurisprudence dues notamment aux divers courants doctrinaux qui s'affrontent dans un domaine où les conflits d'intérêts se révèlent aigüs (61).

244. — Certains auteurs, se basant sur une conception individualiste du droit estiment que la théorie de l'abus du droit doit être maintenue dans des limites étroites pour sauvegarder au maximum la liberté des contractants. Le salarié doit être libre de quitter à tout moment l'entreprise, l'employeur, de son côté, doit pouvoir faire varier l'importance de son personnel selon les besoins de l'entreprise. Dans cette optique, seule serait abusive la rupture découlant d'une intention de nuire caractérisée (62).

Par contre, la doctrine moderne met en avant l'inégalité des contractants en présence et est favorable à la stabilité de l'emploi. Cette stabilité effacera le sentiment d'insécurité du salarié qui découle du risque constant de perte de l'emploi. Dans cette optique, la rupture abusive ne découlerait plus seulement de l'intention de nuire, mais *d'une simple faute* dans l'exercice du droit de résiliation (63).

(60) G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 107.

(61) A. Brun et H. Galland, II, 293, p. 566.

(62) J. Bonnecase, *Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, p. 372 ; M. Planiol, G. Ripert, P. Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, Paris 1952, t. VI, n° 573 et s. ; A Brun et H. Galland, II, 291, p. 565.

(63) J. Rivero et J. Savatier, 3e éd., p. 486 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 460 ; G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Précis de droit du travail*, p. 132 ;

Suivant la conception retenue sera sacrifiée soit la liberté individuelle, soit la sécurité de l'emploi. On peut, sans risque, affirmer qu'il y a abus chaque fois qu'un contractant exerce son droit dans le but de nuire à l'autre ; et pendant longtemps ce fut même le seul critère de l'abus (64). Celui qui ne tire aucun avantage de l'exercice de son droit de résiliation, si ce n'est la satisfaction d'avoir causé un préjudice à autrui, doit être reconnu responsable car ses actes ont pour but de causer un dommage par esprit d'animosité. La faute intentionnelle implique par définition la volonté de nuire de l'auteur de la rupture. Mais parfois cette volonté est absente et par pure négligence la rupture va causer un préjudice. Pour ne pas avoir pris en considération les conséquences dommageables de son acte, l'auteur de la résiliation peut voir engager sa responsabilité. Si la faute quasi délictuelle peut être sanctionnée, le champ d'application de la rupture abusive va se révèler très vaste et il devient alors plus facile d'envisager son introduction dans le cadre du contrat à durée déterminée.

De l'étude d'une jurisprudence considérable, il nous semble que les juges ont opté pour une conception extensive de la notion d'abus. Loin de tenir seulement compte des mobiles inspirant l'auteur de la résiliation, elle s'attache aussi aux conséquences dommageables de la simple négligence. L'atténuation du caractère discrétionnaire de la rupture s'est surtout manifestée par un élargissement très net de la notion de faute intervenant à l'occasion de la cessation des relations contractuelles. D'une notion subjective de l'abus de droit, la jurisprudence glisse insensiblement vers une notion objective (66).

a) La notion subjective de l'abus du droit de rupture.

245. — L'intention de nuire étant d'ordre essentiellement subjectif, il peut paraître présomptueux de vouloir l'enfermer dans un cadre rigide et de dégager les critères qui la caractérisent. Pourtant, à la lumière des nombreuses espèces jurisprudentielles, on peut soutenir que la notion d'abus du droit n'est qu'une application de la notion de faute (65). C'est par comparaison avec le comportement normal d'un chef d'entreprise avisé que le juge pourra caractériser l'attitude de l'employeur qui rompt abusivement le contrat de travail. L'intention de nuire ressortira de l'utilisation anormale du droit de résiliation accordé aux parties. On avance même que la jurisprudence tend à imposer à l'employeur l'obligation d'user du droit de licencier en fonction de l'entreprise dont il a la direction. Si le droit de résiliation est utilisé dans un autre but que d'assurer le bon fonctionnement de

H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 2e éd., Paris, t. I, n° 579 ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité*, Paris, Dalloz 1927, p. 370, n° 292 ; J. CHARMONT, « *L'abus des Droits* », R.T.D.C. 1902, p. 113.

(64) G. RIPERT, « *La règle morale dans les obligations civiles* » p. 90.

(65) J. GUYENOT, *opus cité*, p. 247.

(66) Il faut noter que cette tendance est générale dans le droit actuel. A ce sujet voir J. AZEMA, *op. cité*, p. 261 et s.

l'entreprise. il sera considéré comme abusif. Il s'agira d'un véritable détournement de pouvoir (67).

Le contrôle des motifs se fait donc par référence au but poursuivi par l'employeur. Dès lors que la finalité du droit de résiliation unilatérale est illicite, l'abus de droit est constitué. Mais cette finalité illicite peut prendre deux aspects différents. D'une part, l'abus peut se caractériser par la malice du mobile de l'employeur qui veut uniquement nuire au cocontractant. C'est l'intention de nuire au vrai sens du terme. D'autre part, il se peut que le détournement du droit de résiliation soit effectué avec la secrète intention de tirer avantage de la rupture. L'abus est alors caractérisé par la recherche d'un profit illicite.

1 - *L'intention de nuire.*

246. — La notion d'abus du droit permet d'atteindre et de sanctionner les actes les plus graves : ceux qui ont pour but de causer un dommage par esprit de malice. Dans la majorité des cas, le but poursuivi par l'employeur consiste à porter atteinte aux droits du salarié : soit en prenant prétexte de l'exercice d'un droit, soit en empêchant le salarié d'exercer ses droits. La menace de rupture devient un instrument de pression dans les mains de l'employeur. Dès lors, le détournement de fonction est caractérisé.

247. — Ainsi, l'atteinte aux droits fondamentaux du salarié, considéré en tant que citoyen, par le biais de la résiliation est sanctionnée. C'est le cas de la rupture sanctionnant l'exercice du droit syndical (68). La jurisprudence a depuis longtemps admis que le salarié peut réclamer des dommages-intérêts pour la rupture de son contrat par suite des manœuvres anti-syndicales de l'employeur (69).

Mais le mobile illicite est tout aussi caractérisé lorsque le congédiement est motivé par les opinions, les origines ou les croyances du salarié (70). L'intention de nuire est manifeste,

(67) R. Poplawski, note sous Soc. 7 décembre 1944, J.C.P. 1946-II-3206.

(68) D. Autié, *opus cité*, p. 35 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 211, p. 368 ; J.M. Verdier, *Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, t. V, Les syndicats, n° 146 et s.

(69) T. Paix Carmaux 10 janvier 1908, G.P. 1908-I-236. Civ. 20 mars 1929, D.H. 1929-266 - S. 1930-I-52, concl. Préau ; Civ. 2 juin 1937, S. 1938-I-22 ; Soc. 17 mai 1951, Droit Social 1951-474. T. police Paris 26 septembre 1963, J.C.P. 1964-II-13665, note J.M. Verdier ; Paris 11 janvier 1965, D. 1965, som. 12. En raison de l'activité syndicale, Soc. 22 octobre 1959, Droit Ouvrier 1960-329 ; Soc. 23 mars 1960, Bull. 1960-IV, p. 233 ; Soc. 3 mars 1961, Bull. 1961-IV, p. 237 ; Soc. 24 janvier 1962, J.C.P. 1962-II-12565, note J. Blaise ; Soc. 30 janvier 1963, Bull. 1963-IV, p. 86 ; Soc. 11 mars 1964,, J.C.P. 1965-II-14183, note J.M. Verdier ; Soc. 9 mars 1966, Droit Social 1966-426, note J. Savatier ; Soc. 18 janvier 1967, Bull. 1967-IV, n° 53, p. 43 ; Soc. 22 février 1967, Bull. 1967-IV, n° 174, p. 143 ; Soc. 9 mars 1967, Bull. 1967-IV, p. 188 ; Soc. 14 décembre 1968, J.C.P. 1969-IV-21.

(70) T. civ. Seine 5 janvier 1955, I.C.E. 1956-26 ; Soc. 6 mai 1955, Droit Social 1955-436 ; Soc. 26 janvier 1966, Bull. 1966-IV, n° 107, p. 89 ; Soc. 5 octobre 1966, J.C.P. 1966-IV-146 - D. 1966-716 ; Soc. 14 octobre 1970, J.C.P. 1970-IV-282.

d'autant que selon le préambule de la Constitution de 1946 : « nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

248. — Le droit de résiliation utilisé dans un but de vengeance à l'encontre du salarié qui a exercé ses droits ou la menace de résiliation utilisée comme moyen de pression pour empêcher le salarié de les exercer manifestent de façon nette l'intention de nuire (71).

De même, le licenciement motivé par la grève est abusif. En effet, la grève est un cas de suspension légale du contrat de travail et la jurisprudence considère que l'employeur qui rompt le contrat en prenant directement ou indirectement pour motif la grève, agit abusivement, sauf si la grève est illicite ou si le salarié qui y participe a commis une faute lourde (72). Ceci pour pallier une pratique courante des employeurs qui consistait à congédier tous les grévistes et à ne réembaucher que ceux qui ne leur paraissaient pas indésirables (73).

249. — Le licenciement ne doit pas être une mesure de rétorsion contre l'exercice, par le travailleur, de ses droits fondamentaux. Dans tous les cas évoqués, l'illicéité du motif de congédiement est flagrante, car le droit de résiliation est utilisé à l'encontre des droits du salarié, et de tels motifs ne peuvent s'expliquer que par l'intention de nuire. Mais d'autres cas de détournement de la finalité du droit de résiliation peuvent être recherchés notamment lorsque le congédiement est causé par un motif portant atteinte à la vie privée du salarié. Ici le détournement de la finalité du droit peut se révéler moins marqué. En effet, si l'activité extérieure du salarié reste normalement sans influence sur l'organisation du travail, il peut se faire que la vie privée du salarié ait des incidences sur le fonctionnement ou le renom de l'entreprise, auquel cas la rupture du contrat s'avérerait légitime (74). Le problème est donc de savoir jusqu'où peut s'exercer le droit de contrôle de l'employeur sur les activités extérieures de ses salariés. Ce droit de contrôle dépend des circonstances et de la nature de l'acte incriminé, de l'établissement, des fonctions du salarié au sein de l'entreprise et surtout de l'in-

(71) T. civ. Meaux 9 janvier 1951, I.C.E. 1952-498 ; Civ. 25 février 1920, D.P. 1920-I-94 - G.P. 1920-I-483 ; Soc. 21 mai 1954, I.C.E. 1955-118 ; Soc. 1er mars 1961, J.C.P. 1961-IV-58 ; Soc. 9 avril 1961, I.C.E. 1962-325 ; Soc. 9 juillet 1963, J.C.P. 1963-IV-118 ; Soc. 26 février 1964, Bull. 1964-IV, p. 135 ; Soc. 14 décembre 1965, Bull. 1965-IV, n° 918, p. 783 ; Soc. 5 octobre 1966, Bull. 1966-IV, n° 746, p. 623 ; Soc. 10 décembre 1969, J.C.P. 1970-IV-27, D. 1970, Som. 83 ; Soc. 12-3-1970, D. 1970, Som. 154 ; Soc. 8 avril 1970, D. 1970, Som. 172.

(72) Soc. 9 juillet 1951, Droit Social 1952-115, note P. Durand ; Soc. 20 janvier 1956, Droit Social 1956-287 ; Soc. 7 février 1957, Droit Social 1957-294 ; Soc. 15 février 1961, Bull. 1961-IV, n° 203, p. 160 ; Soc. 14 décembre 1965, D. 1966-256.

(73) H. Sinay, *La grève*, in *Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, t. VI, p. 254, n° 113.

(74) P. Durand et A. Vitu, t. I, n° 356, p. 454.

fluence que peut avoir l'acte incriminé sur le personnel de l'entreprise. Ce contrôle va se rencontrer surtout pour les employés qui sont en relation avec la clientèle et à qui sont confiés des fonctions demandant une probité et une moralité particulières (75). Ce contrôle, limite extrême des prérogatives de l'employeur, ne saurait se concevoir que dans le but d'éviter un trouble à l'entreprise. Le droit, pour le chef d'entreprise de s'immiscer dans la vie privée du salarié est limité par la théorie de l'abus du droit. Le congédiement fondé sur la vie privée du salarié, alors que celle-ci n'avait aucune répercussion sur le bon fonctionnement de l'entreprise, est fautif (76). La vie extra-professionnelle du salarié ne peut avoir d'incidences sur le contrat de travail que dans la mesure ou l'intérêt de l'entreprise est menacé (77). Ainsi, le congédiement motivé seulement par une animosité personnelle est abusif (78).

L'intention de nuire se caractérise donc essentiellement dans le détournement de la finalité du droit de résiliation unilatérale, ce dernier étant utilisé pour un motif inavouable. Mais la faute intentionnelle ne se limite pas à la résiliation décidée dans l'unique intention de nuire. A cette intention peut aussi s'ajouter la recherche d'un profit personnel, qui souvent est prééminent.

2 - *La recherche d'un profit illicite.*

250. — Ici l'auteur de la rupture ne veut pas essentiellement nuire à son cocontractant, mais trouve un intérêt souvent pécuniaire à la rupture. La recherche de l'avantage accessoire va aider à établir le caractère illégitime de l'intention.

Ainsi, le congédiement opéré qui a pour résultat de porter atteinte au droit de propriété du salarié est abusif. Le problème se pose notamment lorsque le salarié est propriétaire d'une invention technique. L'employeur peut être fortement tenté de s'approprier celle-ci dans les meilleures conditions possibles. L'abus du droit de rompre sera appliqué car il s'agit encore ici d'un véritable détournement de pouvoir, bien que l'intérêt de l'entreprise soit certain. En réalité, *c'est la déloyauté de l'employeur qui est punie.* Il en est ainsi notamment lorsque le congédiement a pour seul motif le refus du salarié de faire bénéficier l'employeur de sa découverte (79), ou lorsque le congédiement intervient alors que l'entreprise s'est développée au maximum grâce à l'invention du salarié (80). La déloyauté dans l'exercice du droit de résilia-

(75) P. Durand et A. Vitu, t. I, n° 356, p. 454.

(76) Paris 1er juin 1900 ; Cov. 27 février 1902, D.P. 1904-1-299.

(77) *La vie extra-professionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail,* M. Despax, J.C.P. 1963-I-1760 ; Angers 6 mars 1945, J.C.P. 1946-II-2960 ; Soc. 11 mars 1964, D. 1964, som. 66 ; Soc. 5 février 1969, Droit Ouvrier 1969, p. 187.

(78) T. com. Seine 26 octobre 1931, G.P. 1932-I-154 ; Com. 27 février 1967, Bull. 1967-III, n° 90, p. 87 ; Soc. 8 juillet 1960, D. 1960, som. 95.

(79) C.P. Seine 10 février 1949, D. 1949, som. 40 - Droit Social 1949-275.

(80) T. civ. Bayonne 6 février 1945, S. 1945-2-83 ; Soc. 19 juin 1947, Q.P. 1947-329.

tion constitue un manquement d'autant plus répréhensible qu'elle s'accompagne de la recherche d'un profit indû.

Cette déloyauté est tout aussi caractérisée lorsque le congédiement est dicté par le souci de l'employeur d'éluder ses obligations légales ou contractuelles (81). Les lois du droit du travail sont en général des lois impératives, d'ordre public, qui s'appliquent aux contrats en cours. Si, chaque fois que le législateur adopte un texte qui complète la protection des salariés l'employeur en profite pour licencier un certain nombre de ceux-ci, dans le but d'alléger les charges que le nouveau texte fait peser sur lui, la protection recherchée ne sera pas atteinte (82).

De même est déloyal le congédiement d'un salarié qui refuse les modifications unilatérales de son contrat de travail, que rien ne justifie et qui lui sont préjudiciables (83). Le droit de résiliation unilatérale est exercé dans un esprit contraire à sa destination normale et, de ce fait, il est abusif.

251. — Dans toutes ces hypothèses, le motif est patent. La recherche du profit indû est incontestable et, comme elle se fait au détriment du salarié, l'abus du droit de rupture sera facilement établi. La théorie de l'abus du droit de rupture du contrat à durée indéterminée est une *manifestation de la règle morale qui défend de porter volontairement préjudice à autrui,* même dans le cas où l'on y trouve intérêt. Le critère de la rupture abusive pour fraude volontaire se trouverait dans le détournement de la finalité du droit de résiliation unilatérale. Tout droit est accordé en vue d'un usage normal et le fait d'en user de façon anormale caractérise l'abus. Le droit de résiliation unilatérale n'a pas été accordé à l'employeur pour lui permettre de satisfaire ses désirs de vengeance à l'égard du salarié, ni pour lui permettre de retirer de la rupture un profit illégitime.

Par-là même les actes les plus graves sont atteints. Mais la protection de l'emploi dans le contrat à durée indéterminée s'est révélée encore plus complète en ce sens que la volonté de nuire et la mauvaise foi ne sont pas considérées comme les seules sources de responsabilité. Si l'on retient la faute quasi délictuelle, le champ d'application de l'abus du droit est considérablement élargi et la menace qui pèse sur l'employeur va jouer un rôle préventif dans le fait qu'elle évite les ruptures irréfléchies.

b) *Vers une notion objective de la rupture abusive.*

252. — La faute intentionnelle constitue le type même de l'abus du droit de rompre et, théoriquement, l'abus du droit devrait rester une notion essentiellement subjective. Mais, par

(81) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* I, n° 213 p. 371.

(82) Soc. 14 janvier 1950, Droit Social 1950-129 ; Soc. 8 février 1957, Bull. 1957-IV, p. 110.

(83) Req. 18 décembre 1918, D.P. 1923-I-198 ; Soc. 22 mars 1957, Bull. 1957-IV, p. 252.

suite d'une évolution remarquable, la jurisprudence tend de plus en plus à caractériser la rupture abusive en faisant appel à des notions objectives. Ainsi, la négligence ou la légèreté avec lesquelles l'employeur exerce son droit de résiliation unilatérale doivent engager sa responsabilité, dès lors qu'il a agi sans prendre en considération les conséquences préjudiciables de son acte. La maladresse devient coupable et le juge peut ainsi largement tenir compte des circonstances de la rupture pour caractériser l'abus. La pression exercée sur la volonté de l'employeur s'accentue. La liberté de rupture de l'employeur est sérieusement entravée car, dorénavant, il ne peut plus se permettre une décision de rupture irréfléchie sous peine de voir sa responsabilité engagée. En effet, la jurisprudence tient de plus en plus compte des circonstances entourant le licenciement et va même jusqu'à déclarer abusif un licenciement exercé en contravention de règles objectives.

1 - *La prise en considération des circonstances entourant le licenciement.*

253. — Alors que dans le cadre de l'intention de nuire, la jurisprudence recherche si la finalité du droit a été respectée, dans le cadre de la négligence et de la légèreté blâmables, elle apprécie l'attitude de l'employeur et elle tient compte du préjudice. Négligeant la recherche d'intention, le juge s'attache aux faits de la cause, aux circonstances dans lesquelles la rupture est intervenue. On saisit déjà l'importance de l'évolution et l'ouverture extraordinaire du champ des recherches.

C'est ainsi que le moment auquel intervient la rupture va jouer un rôle dans la caractérisation de l'abus. Pendant longtemps, la Cour de cassation refusait de condamner l'employeur en raison du moment, de la date à laquelle était prononcé le licenciement (84). Cette position était fondée sur le principe selon lequel le contrat fait sans détermination de durée peut toujours cesser par la volonté d'une seule des parties. Cette justification était contestable dans la mesure où la règle de l'article 1780 du Code civil n'a été édictée que pour faire obstacle aux engagements à vie. La rupture du contrat de travail qui intervient à contretemps peut causer un préjudice et être fautive en ce sens que les conséquences néfastes pouvaient être évitées en prenant des précautions.

La Cour de cassation devait opérer très tôt un revirement de sa jurisprudence (85) et aujourd'hui il est admis que le moment où intervient la rupture peut entraîner une condamnation pour faute (86).

(84) Civ. 12 avril 1910, S. 1910-I-350.

(85) Civ. 2 avril 1912, S. 1913-I-316 ; Req. 25 janvier 1928, S. 1928-I-211.

(86) Soc. 24 février 1955, I.C.E. 1955-418 ; Soc. 15 mars 1957, J.C.P. 1957-IV-62 ; Soc. 17 novembre 1966, D. 1967-66 ; Soc. 16 décembre 1964, Bull. 1964-IV, p. 705 ; Soc. 17 novembre 1966, D. 1967-66 la note et les renvois ; Soc. 14 décembre 1966, D. 1967-279 ; Soc. 4 juillet 1967, Bull. 1967-IV-553, p. 468.

C'est ainsi que, si l'âge ou l'ancienneté du salarié ne peuvent à eux seuls rendre le licenciement abusif (87), ce sont des circonstances dont les juges peuvent tenir compte pour estimer que la rupture est fautive. Ainsi le fait que le salarié soit ancien et que la rupture soit faite dans des conditions qui rendent difficile le reclassement sur place dans la profession est pris en considération par la jurisprudence pour caractériser la légèreté blâmable avec laquelle l'employeur a agi envers ce salarié (88). Le juge tient compte du moment de la rupture en corrélation avec d'autres critères objectifs, mais il considère aussi la façon dont l'employeur agit avec le salarié au moment de la rupture. Sans s'attarder sur le motif de rupture qui peut être légitime, le juge relève le fait que l'employeur cause au salarié un préjudice inutile et superflu (89).

254. — Le moment est donc pris en considération pour caractériser l'abus du droit de rompre les relations contractuelles. Mais la façon dont cette rupture intervient joue également un rôle. Les procédés vexatoires relevés sont nombreux dans la jurisprudence contemporaine et le caractère subjectif transparaît au travers des circonstances objectives. La mentalité méchante de l'auteur de la rupture se révèle dans la mise en scène effectuée lors du licenciement. Le licenciement annoncé à grand renfort de publicité sans raison apparente révèle la malveillance. Il en sera ainsi de l'annonce par voie de circulaire, de l'affichage de la décision, ou de la réitération par voie extrajudiciaire du congé (90). Parfois même, sans que l'on puisse dire que l'auteur de la rupture a voulu le préjudice, le seul fait de causer ce préjudice par négligence est qualifié de légèreté blâmable (91), et la faute du salarié ne saurait excuser le comportement de l'employeur (92).

Cette même évolution de l'intention de nuire à la légèreté blâmable se retrouve pour les cas de rupture portant atteinte à l'honorabilité du salarié. Sans vouloir parler de l'inexactitude du motif avancé, il faut relever que le mensonge portant atteinte à l'honorabilité du salarié est qualifié par la jurisprudence « d'esprit de malice et d'animosité » et engage la responsabilité de l'employeur (93). L'abus est alors caractérisé par la volonté malveillante, notion très proche de l'intention de nuire. Mais l'évo-

(87) Soc. 21 octobre 1961, D. 1962-423 - J.C.P. 1961-II-12400 ; Soc. 29 janvier 1964, Bull. 1964-IV, n° 77, p. 62 ; Soc. 14 décembre 1966, D. 1967-279.

(88) Soc. 20 juillet 1967, Droit Ouvrier 1968, p. 13 ; Soc. 4 janvier 1968, J.C.P. 1968-IV-21 ; Soc. 6 mars 1969, J.C.P. 1969-IV-97.

(89) Soc. 11 juillet 1970, J.C.P. 1970-IV-202.

(90) Soc. 7 décembre 1951, Bull. 1951-III, n° 813, Droit Social 1952-688 ; Soc. 3 mars 1965, Bull. 1965-IV, n° 174, p. 144 ; Soc. 18 juillet 1955, I.C.E. 1956-23.

(91) Soc. 27 janvier 1961, J.C.P. 1961-IV-34 ; Soc. 28 novembre 1963, Bull. 1963-IV, p. 681 ; Soc. 8 novembre 1962, J.C.P. 1962-IV-162 ; Soc. 2 mars 1963, J.C.P. 1963-IV-78 ; Soc. 6 janvier 1966, Bull. 1966-IV, n° 9, p. 7. *Adde* : G.H. Camerlynk, « *Du motif inexact au fallacieux prétexte* », D. 1959 ch. 129, J.C.P. 1968-IV-118 ; Soc. 19 juin 1968, Bull. 1968-V, n° 310, p. 253.

(92) Soc. 21 mai 1970, J.C.P. 1970-IV-180, Bull. V, n° 340, p. 275.

(93) Soc. 24 mai 1956, Droit Social 1956-490 ; Soc. 17 mars 1965, Bull 1965, n° 235, p. 191 ; Soc. 5 avril 1965, Bull. 1965-IV, n° 294, p. 244.

lution se poursuit et la légèreté blâmable s'introduit aussi dans ce cadre. L'allégation de faute professionnelle dont les témoignages démontrent le caractère mensonger, l'imputation d'une faute grave sans vérifications préalables sont des faits susceptibles de réparation (94). Allant plus loin, la jurisprudence condamne le fait d'alléguer sans raison l'insuffisance professionnelle ou la négligence (95), et estime même que la brutalité de la rupture du contrat d'un employé irréprochable traduit la légèreté dont fait preuve l'employeur (96). Comme le relève un auteur « il semble qu'à cet égard la moralité des rapports professionnels se fasse plus exigeante et que s'affirme conjointement le souci du respect de la dignité du travailleur » (97).

Dans toutes ces hypothèses, les applications de la notion d'abus du droit atteignent les cas limites. En effet, la jurisprudence tient compte, non plus des mobiles qui inspirent l'employeur mais des circonstances qui entourent le licenciement. La confrontation des faits fait présumer le manque de loyauté apporté par l'employeur dans l'exercice de son droit et permet au salarié d'obtenir une indemnité. L'employeur doit se garder de toute négligence dans l'exercice de son droit de rompre. Les limites de la subjectivité sont largement franchies, d'autant que la simple méconnaissance de règles objectives conduit également à la condamnation de l'employeur pour rupture abusive.

2 - *La contravention aux règles objectives.*

255. — La jurisprudence considère comme abusive la résiliation qui contrevient à certaines règles conventionnelles ou légales. Si les contractants ou la loi ont subordonné l'exercice de la rupture à des conditions de forme ou de fond et que l'employeur ne les respecte pas, le salarié a droit à des dommages-intérêts. Pour la jurisprudence l'employeur commet une faute constitutive de l'abus.

En réalité, le licenciement est irrégulier et, de ce fait, devrait être totalement privé d'effets (98). Mais la Cour de cassation est opposée à la réparation en nature et le salarié, de ce fait, se contente souvent d'une demande en dommages-intérêts. Le simple fait de transgresser les dispositions contenues dans la convention collective ou le règlement intérieur suffisent, sans qu'il soit

(94) Soc. 5 janvier 1956, Droit Social 1956, p. 161 ; Soc. 7 février 1957, J.C.P. 1957-II-9992 ; Soc. 2 juin 1966, Bull. 1966-IV, n° 526, p. 441 ; Soc. 24 septembre 1965, Bull. 1965-IV, n° 323, p. 266.

(95) Soc. 19 mai 1958, Bull. 1958-IV, p. 453 ; Soc. 19 mai 1958, Bull. 1958-IV, p. 454.

(96) Soc. 4 mai 1966, Bull. 1966-IV, n° 409, p. 345 ; Soc. 2 mai 1967, Bull. 1967-IV, n° 346, p. 289 ; Soc. 19 juin 1968, Bull. 1968-V, n° 310, p. 253 ; Soc. 6 mars 1969, J.C.P. 1969-IV-97 ; Soc. 25 février 1970, J.C.P. 1970-IV-101 ; Soc. 12-3-1970, D. 1970, Som. 154 ; Soc. 10 juin 1970, J.C.P. 1970-IV-102, D. 1970, Som. 205.

(97) G.H. Camerlynck, chronique précitée.

(98) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 217, p. 375 ; A. Brun et H. Galland, II, 298.

nécessaire que d'autres circonstances s'y ajoutent (99). Toutefois, la jurisprudence estime que si le salarié a lui-même commis des fautes, la rupture ne pourra être considérée comme abusive (100). Cette solution est contestable dans la mesure où les garanties prévues pour le salarié ne joueront pas au moment où il en a le plus besoin. Si la convention collective prévoit la comparution de l'intéressé devant un conseil de discipline, l'employeur, fort de son bon droit, devrait continuer à être tenu par les dispositions conventionnelles.

Le système de la rupture fautive reposant sur la méconnaissance de règles objectives, n'expose pas les parties à l'arbitraire du juge à l'opposé du système qui voudrait que l'abus soit maintenu dans les limites où il a une base essentiellement subjective.

256. — On peut donc conclure en remarquant que toute l'évolution s'est faite, et continue à se faire, en faveur du salarié. En élargissant le domaine de l'abus du droit de résiliation unilatérale, la jurisprudence tend à établir un contrôle serré des conditions d'exercice de la rupture qui vient atténuer le caractère discrétionnaire de celle-ci. Cet effort de la jurisprudence doit être salué car il tend à rendre la rupture plus difficile et à consacrer ainsi une certaine sécurité de l'emploi. Mais il faut relever que toute cette évolution s'est faite dans le cadre du contrat à durée indéterminée, ce qui a pu laisser croire qu'une différence essentielle existait entre les deux régimes de rupture suivant que le contrat était ou non à durée déterminée. En réalité, si l'accent est porté autant sur les circonstances dans lesquelles intervient la rupture que sur le mécanisme même de la cessation des relations contractuelles, il y a peut-être lieu d'envisager un certain contrôle de la rupture dans le contrat à durée déterminée. Il semble d'ailleurs que la jurisprudence soit dans cette ligne.

§ 2. — *L'extension du contrôle des conditions d'exercice de la rupture au contrat à durée déterminée*

257. — Le contrat à durée déterminée cesse de plein droit par l'arrivée du terme, événement extérieur aux parties et sur lequel normalement leur volonté est sans influence. Lorsque le contrat arrive à terme, il appartient aux parties, et à elles seules, de savoir si elles doivent contracter un nouvel engagement ou non. Et il apparaît impossible d'étendre les principes qui, dans le contrat à durée indéterminée, tendent à limiter le droit de rompre, à un cas de refus de contracter. « En principe il n'y a pas

(99) Soc. 8 mai 1963, Bull. 1963-IV, p. 312 ; Soc. 9 mai 1961, J.C.P. 1961-IV-94 ; Soc. 2 mars 1966, Bull. 1966-IV, n° 234, p. 201 ; Soc. 3 juin 1966, Bull. 1966-IV, n° 546, p. 457 ; Soc. 14 décembre 1966, Bull. 1966-IV, n° 942, p. 790 ; Soc. 5 janvier 1967, Bull. 1967-IV, n° 6, p. 6 ; Soc. 8 mai 1967, Bull. 1967-IV, n° 374, p. 311 ; Soc. 24-6-1970, J.C.P. 1970-IV-220 ; Soc. 8 octobre 1970, J.C.P. 1970-IV-270.

(100) Soc. 15 février 1965, Bull. 1965-IV, n° 140, p. 114 ; Soc. 29 juin 1966, Bull. 1966-IV, n° 645, p. 537. *Contra :* Soc. 21-5-1970, J.C.P. 1970-IV-180.

faute à refuser de contracter » (101) et la doctrine ancienne refusait fermement l'assimilation. Pour Planiol « la question est facile à résoudre pourvu qu'on se place sur le terrain du droit et non sur celui des faits » (102). La loi relative à la rupture abusive n'ayant prévu que les engagements faits sans détermination de durée, le fait de l'appliquer à un engagement dont la durée est limitée par les parties, même si elle est renouvelable, consisterait en une extension non justifiée « qui dépasserait les intentions véritables du législateur car elle permettrait de condamner à des dommages-intérêts non seulement ceux qui se délient, mais ceux qui refusent de s'engager ». Il y a un droit absolu de non-renouvellement du contrat temporaire et l'usage de ce droit est légitime car il tient à l'essence même du contrat à durée déterminée.

258. — Cette analyse juridique vigoureuse semble être aujourd'hui largement dépassée. Si la faculté de non-renouvellement constitue pour les parties un droit, au même titre que la résiliation unilatérale en est un dans le cadre du contrat à durée indéterminée, elle est dès lors susceptible d'abus dans son exercice. Comme le fait remarquer un auteur, l'exercice de la faculté de non-renouvellement « s'apparente à celui de la faculté unilatérale de résiliation dans le contrat à durée indéterminée et comporte pour les salariés les mêmes risques d'arbitraire et de danger au regard de la stabilité de son emploi » (103). Au fur et à mesure que s'accroissent les garanties en faveur de la stabilité dans le contrat à durée indéterminée, la jurisprudence, dans un souci de rétablir un équilibre que le bon sens commande, tend à les appliquer au contrat temporaire. A défaut de rupture abusive le juge va utiliser la notion très voisine d'abus du droit de ne pas renouveler, notamment lorsque la décision de l'employeur est dictée par un mobile illégitime. Il y a donc, par ce biais, introduction d'un contrôle des conditions d'exercice de la cessation du lien contractuel dans le contrat temporaire.

Cette introduction n'a pourtant été réalisée que depuis peu de temps. En effet, la jurisprudence, influencée par la doctrine qui refusait la possibilité de contrôler la faculté de refus de contracter, n'admettait pas jusqu'à une époque récente de condamner l'employeur qui n'avait fait que se prévaloir de l'arrivée du terme pour constater la cessation des relations contractuelles (104). Mais, peu à peu, le dynamisme propre au droit du travail devait l'amener à reconsidérer sa position et à appliquer les principes de la rupture abusive aussi bien en cas de non-renouvellement du contrat qu'en cas de rupture anticipée.

(101) P. Marty et P. Raynaud, *Traité*, II, n° 418, p. 420 ; J.C. Serna, *Le refus de contracter*, L.G.D.J. 1967.

(102) M. Planiol, note sous Amiens 2 janvier 1892, D.P. 1892-489.

(103) F. Saramito, *Le contrat de travail à durée déterminée*, Droit Ouvrier 1966-232.

(104) Soc. 3 décembre 1955, Bull. 1955-IV, p. 656 - Droit Social 1956-90.

a) *Le non-renouvellement du contrat à durée déterminée.*

Cet effort de la jurisprudence se remarque tant en ce qui concerne le non-renouvellement d'un contrat saisonnier que le non-renouvellement d'un contrat temporaire prorogé en fait.

259. — 1° C'est par un arrêt du 30 mai 1958, remarqué dès sa publication (105), que la chambre sociale de la Cour de cassation condamnait pour la première fois un employeur qui avait refusé de reconduire un contrat temporaire (106). C'est d'ailleurs dans le cadre de l'atteinte aux droit fondamentaux du salarié que la jurisprudence a d'abord étendu le domaine de l'abus du droit au contrat à durée déterminée.

En l'espèce, il s'agissait d'un contrat saisonnier liant un employé des jeux à la Société des Eaux et Thermes d'Enghien-les-Bains. La convention collective liant les parties prévoyait que les contrats d'engagement de durée déterminée seraient reconduits pour la période correspondante de l'année suivante sauf dénonciation dans un certain délai avant l'échéance de chaque saison (107). Après avoir renouvelé le contrat pendant sept saisons consécutives, la société donna le congé prévu et ne reconduisit plus le contrat. S'estimant lésé, l'employé sollicita une indemnité de rupture abusive et l'obtint par jugement du tribunal civil de Pontoise du 9 juin 1953. La société se pourvoit en cassation et fonde son pourvoi sur deux moyens. L'un, de principe, s'appuyait sur le fait qu'il n'existe pour l'employé aucun droit à la passation d'un nouveau contrat, obligation qui serait en contradiction avec la notion même de contrat à durée déterminée. L'autre mettait en avant le fait que, n'ayant pas à donner de motifs à son abstention de reconduire le contrat, la société ne pouvait être condamnée pour rupture abusive. Tous les problèmes étaient donc posés par cette espèce. La Cour de cassation répond aux deux moyens en reprenant la solution avancée par les juges du fond :

— D'une part, sur le premier moyen, elle admet que l'employé, du fait de la teneur de la convention collective, était titulaire d'un droit à reconduction. Elle juge que, si l'employeur possède effectivement un droit de refuser le renouvellement, « la reconnaissance d'un faculté de dénonciation ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent lui être apportées, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ». On est frappé de la similitude de la formule avec celle utilisée en matière d'exercice abusif du droit de grève (108). Tout

(105) J.M. Bischoff, *La protection des engagements temporaires*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Collectif sous la direction de P. Durand, L.G.D.J. 1960, p. 143.

(106) Soc. 30 mai 1958, Bull. 1958-IV, n° 665, p. 491 - Droit Social 1958, p. 616 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 342.

(107) C.C.N. du travail pour le personnel des jeux dans les casinos autorisés du 15 octobre 1947, art. 4, 5 et 6.

(108) Soc. 9 juillet 1951, Droit Social 1952-115 ; Soc. 11 octobre 1957, Bull. 1957-IV, n° 950, p. 671 ; Soc. 22 avril 1964, Bull. 1964, n° 320, p. 263.

droit est susceptible d'un usage abusif. Après avoir précisé que le contrat restait à durée déterminée, la jurisprudence applique la théorie de l'abus du droit.

— D'autre part, sur le second moyen, elle approuve les juges du fond qui ont constaté qu'il y avait présomption suffisante que la rupture était causée par l'affiliation syndicale de l'employé. Les causes de l'abus, concernant l'atteinte aux droits fondamentaux de l'employé, sont les mêmes que celles qui sont envisagées pour le contrat à durée indéterminée.

260. — Si la solution retenue paraît devoir s'imposer, il faut toutefois relever que le caractère déterminé de la convention qui liait les parties, peut être remis en cause et que, dès lors, la portée de l'arrêt peut être réduite. En effet, la Cour de cassation prend soin de relever que chaque contrat saisonnier reste à durée déterminée, mais il n'empêche, à notre avis, que la faculté de dénonciation prévue dans la convention collective et entourée de garanties, s'analyse en une manifestation de volonté unilatérale. Si chaque saison en elle-même peut être considérée comme une période de travail de durée déterminée, l'ensemble des relations contractuelles est de durée indéterminée. C'est la nature de l'entreprise qui impose le caractère discontinu des relations, mais le caractère indéterminé de la durée d'appartenance à l'entreprise ne saurait faire de doute.

261. — Cette interprétation paraît confirmée par un arrêt récent de la Cour de cassation du 29 novembre 1967 (109). Celle-ci rejette le pourvoi de l'employeur contre la décision des juges du fond qui l'avaient condamné pour avoir agi de façon abusive en refusant de réembaucher un salarié après la fermeture saisonnière. En l'espèce, l'employeur avait, par préavis général d'un mois, avisé l'ensemble du personnel de la fermeture saisonnière annuelle. La convention collective applicable prévoyait que les travailleurs de l'entreprise possédaient un droit de priorité de réembauchage. A la réouverture de l'usine, l'employeur embauche un personnel nouveau sans rappeler en priorité les salariés qui avaient déjà travaillé pour lui au cours des années précédentes. Il avait donc incontestablement commis une faute, mais il soulevait, pour échapper à la condamnation, qu'il s'agissait de contrats temporaires et que ce caractère excluait la possibilité de rupture abusive. La Cour de cassation ne le suit pas dans son argumentation. Elle relève que l'employeur, en embauchant « du personnel nouveau sans rappeler en priorité les salariés ayant déjà travaillé dans l'usine au cours des années précédentes *et qui pouvaient compter sur le renouvellement habituel de leurs contrats* », avait agi abusivement. L'abus est recherché dans la transgression d'une clause du contrat assurant le renouvellement par priorité.

Il faut relever que dans cette espèce le contrat était saisonnier. Mais si la saison est une période de travail de durée déter-

(109) Soc. 29 novembre 1967, D. 1968-164 - J.C.P. 1968-IV-1.

minée, on peut considérer, qu'en réalité, du fait de la priorité de réembauchage, les salariés sont liés pour une durée indéterminée. En effet, le salarié est dans l'incertitude quant au moment où les relations contractuelles vont cesser et ceci en raison de la clause de réembauchage. L'employeur, lorsqu'il veut rompre le contrat, est tenu de faire une déclaration en ce sens, qui s'analysera alors en une résiliation unilatérale. Dès l'instant où l'employeur est tenu de manifester sa volonté pour que les relations contractuelles cessent, un contrôle des motifs ou des circonstances dans lesquelles la rupture est intervenue est possible. Si la première espèce concernait une atteinte aux droits fondamentaux, il faut noter qu'ici il s'agit de la contravention à une règle objective posée par la convention collective. Les principes sur lesquels le juge se base sont donc identiques dans les deux catégories de contrats. Le point essentiel est le contrôle possible dès que la rupture découle d'une manifestation de volonté. A notre avis, la théorie civiliste de l'arrivée du terme ne peut jouer que pour le cas où le caractère temporaire des relations des parties est réellement marqué, c'est-à-dire lorsque le terme prévu dès l'origine marque inexorablement, dans l'esprit des parties, la fin des relations contractuelles. Il ne saurait y avoir rupture abusive lors de l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée par nature. C'est pourquoi la reconduction prévue du contrat doit conduire à l'abandon de la dénomination de contrat à durée déterminée (110) et permettre le contrôle des conditions dans lesquelles elle est refusée.

262. — 2° Et même si l'on estime que de tels contrats ne sont pas à durée déterminée, on doit constater que la jurisprudence poursuit son effort d'uniformisation car elle admet qu'en l'absence de clause de renouvellement, le fait de refuser de continuer les relations peut être abusif. C'est une nouvelle étape qui est franchie vers l'unité de régime et cette assimilation est d'autant plus probante que ce sont les circonstances de fait entourant le refus de prolongation qui ont conduit à la condamnation de l'employeur.

Or, c'est dans ce cas que la doctrine civiliste classique est la plus hostile à l'introduction de l'abus. Pour Ripert, dans une telle hypothèse, « on ne peut parler d'abus du droit de ne pas contracter, toute personne ayant un droit absolu de ne pas conclure un contrat » (111). Même M. Rouast, qui est favorable à la reconnaissance de l'abus lorsque la reconduction a été prévue dans le contrat, reste opposé à cette reconnaissance lorsqu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée qui ne prévoyait pas la continuation des relations (112). Ainsi, pour une partie de la doctrine, si à la rigueur il peut y avoir contrôle des conditions d'exercice du droit de non-renouvellement lorsque la reconduc-

(110) Voir 1re partie, chapitre I, n° 107 et s.
(111) G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 100.
(112) A. Rouast, note sous 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961-I-251.

tion fait partie de la prévision des parties, il ne saurait en être de même lorsque les contractants n'ont rien prévu.

263. — La jurisprudence ne paraît plus suivre la doctrine sur ce point, et dans un arrêt du 18 juillet 1961, la Cour de cassation admet l'abus dans le fait de ne pas avoir continué les relations contractuelles après l'arrivée du terme d'un contrat à durée déterminée ne comportant aucune clause de renouvellement (113). Il faut toutefois noter que les circonstances de fait étaient assez exceptionnelles. En effet, le salarié était lié à l'employeur par un contrat à durée déterminée qui avait été prorogé en fait plusieurs fois, de sorte que ce salarié était dans l'entreprise depuis 28 ans. Or, l'employeur s'était abstenu de proroger une nouvelle fois, alors qu'il ne restait plus au salarié qu'un temps relativement court pour bénéficier de la retraite. La Cour de cassation relève la « légèreté blâmable » constitutive d'abus car l'employeur avait agi « avec un mépris complet des services rendus » et elle précise également que l'employeur n'avait « aucun motif sérieux » de retirer son emploi au salarié.

Cette même solution est reprise dans un arrêt postérieur dans lequel les juges soulignent à nouveau, à côté de circonstances de fait probantes, le « manque de motif sérieux » (114).

En l'espèce, l'employeur avait refusé de renouveler *le contrat annuel* qui l'unissait au salarié alors que le dernier appartenait à l'entreprise depuis 25 ans, qu'il ne lui restait plus que deux années à accomplir pour faire valoir ses droits à la retraite des cadres et, qu'en fait, la décision de l'employeur l'empêchait de continuer à assurer son mandat de représentant du personnel.

Les juges du fond avaient condamné l'employeur à une forte somme de dommages-intérêts pour abus du droit de non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée en tenant compte de l'âge du salarié et des longs et loyaux services rendus à l'employeur. L'employeur se pourvoit contre cette décision en faisant valoir un argument à première vue irréfutable. Il soutenait que l'employeur est libre de choisir les salariés qu'il entend garder à son service, que même en cas de contrat à durée indéterminée il n'y a pas rupture abusive lorsque l'employé est licencié à quelques années de l'âge de la retraite, même s'il n'a commis aucune faute et a rendu de longs et loyaux services, et qu'a fortiori, cette solution s'imposait encore plus en matière de contrat à durée déterminée puisque, dans ce cas, l'employeur use simplement de son droit de ne pas renouveler le contrat à son échéance.

C'était poser à la jurisprudence la question de savoir si le droit de direction de l'employeur doit toujours prévaloir sur l'intérêt du salarié. Les juges du fond ayant pris en considération l'intérêt du salarié ont implicitement admis que le droit de direction n'était pas absolu (114 bis). Et, reprenant les arguments

(113) Soc. 18 juillet 1961, J.C.P.1961-II-12317.

(114) Soc. 3 mai 1962, Bull. 1962-IV, n° 393, p. 307 - J.C.P. 1962-II-12743.

(114 bis) Cette tendance semble se confirmer. Soc. 12-3-1970, J.C.P. 1970-II-16548, note H. Groutel.

avancés par la Cour d'appel, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir déduit des circonstances que la décision de l'employeur constituait un abus de droit générateur de dommages-intérêts. En ne répondant pas au motif du pourvoi, la Cour de cassation semble indiquer qu'il n'y a pas lieu de se demander si le contrat était ou non à durée déterminée ; que les circonstances particulièrement préjudiciables et injustes de la rupture, dans la mesure où il s'agissait d'un salarié particulièrement méritant, suffisaient à justifier l'allocation de dommages-intérêts.

264. — Il semble donc que l'évolution de la jurisprudence se confirme et que la Cour de cassation soit en opposition complète avec sa jurisprudence antérieure selon laquelle « le défaut de renouvellement ne peut donner lieu à des dommages-intérêts » (115). Elle n'attache plus une si grande importance à la distinction des contrats fondée sur la durée. L'employeur, dans l'un ou l'autre cas, est susceptible d'être condamné en fonction des circonstances entourant la cessation du lien contractuel. Cette assimilation aboutit à consacrer la conception de Josserand selon laquelle, si une personne « se trouve en conflit avec nos institutions fondamentales, si elle fait échec à l'ordre public, elle ne saurait prétendre à la protection juridique et les refus de contracter... doivent (aussi) comporter des sanctions effectives (116). Et la jurisprudence est même allée plus loin que Josserand, car si effectivement l'atteinte au droit syndical est une atteinte à un droit fondamental, l'absence de motif sérieux et la légèreté blâmable ne rentrent pas dans ce cadre. Dorénavant, l'emploi doit être protégé s'il n'y a aucune raison sérieuse de le retirer.

265. — Mais la jurisprudence ne va toutefois pas encore au bout de son idée. Le revirement est encore trop récent pour que la nouvelle solution soit constamment affirmée et on peut encore trouver des arrêts en sens contraire. Ainsi, la solution civiliste traditionnelle a encore prévalu dans un cas de refus de renouvellement du contrat temporaire d'un représentant du personnel (117). Le juge refuse d'appliquer la protection instituée en cas de licenciement, au motif que le non-renouvellement du contrat ne peut pas s'analyser en un licenciement. Le juge s'en tient donc ici à une analyse littérale. Il semblerait donc que pour l'application des dispositions légales protectrices, la jurisprudence n'ose pas encore franchir le pas qui la sépare de la lettre du texte à l'esprit de la législation. Cela ne devrait pourtant pas tarder en raison de deux indices. Le premier doit être trouvé dans l'arrêt du 27 novembre 1967 (118), postérieur de cinq années à l'arrêt cité, et dans lequel les faits sont analogues à l'exception du fait que le salarié n'est pas un représentant du personnel. Le second

(115) Civ. 20 mars 1895, S. 1895-I-318 ; Civ. 24 novembre 1902, S. 1903-I-12 ; Soc. 3 décembre 1955, Droit Social 1956-90.
(116) L. JOSSERAND, *L'esprit des droits et leur relativité*, n° 93, p. 135.
(117) Soc. 10 octobre 1962, Bull. 1962-IV, n° 698, p. 578.
(118) Soc. 29 novembre 1967, précité.

indice, le plus important, nous est fourni par la loi du 27 décembre 1968 concernant la protection du délégué syndical. L'article 13 de cette loi envisage la procédure à suivre en cas de licenciement du délégué syndical et indique expressément que cette procédure est applicable au cas de refus de renouvellement du contrat à durée déterminée. Le législateur se rend enfin compte de la similitude des positions et admet implicitement que ce refus de renouvellement est analogue à un licenciement (118 bis). Ce premier pas législatif vers la consécration de l'assimilation devrait être poursuivi dans l'avenir. En attendant, la jurisprudence ne peut plus, à notre avis, s'en tenir à l'analyse civiliste traditionnelle.

266. — Ainsi, nonobstant ces quelques hésitations, dorénavant la jurisprudence doit appliquer l'abus du droit de ne pas renouveler dès lors que le refus aura été causé par un mobile illégitime ou sera la conséquence d'une attitude particulièrement désinvolte et préjudiciable au salarié (119). Si l'on se réfère à la tendance de la jurisprudence française de ne plus considérer comme contrats à durée déterminée que les contrats temporaires par nature, on doit admettre que l'extension des règles de contrôle puisse se faire à tous les contrats dans lesquels il n'existe aucune raison valable qu'ils soient assortis d'un terme. Seule l'arrivée du terme, dans les contrats à durée déterminée par nature, serait insusceptible d'entraîner une condamnation pour abus du droit de ne pas renouveler, *puisqu'il n'existe alors aucune raison de continuer l'emploi.* Mais cela n'empêche pas, néanmoins, de concevoir un contrôle des motifs lors de la rupture anticipée du contrat à durée déterminée.

b) *La rupture anticipée du contrat à durée déterminée.*

267. — Peut-on admettre le contrôle des motifs qui ont conduit l'employeur à rompre le contrat à durée déterminée avant le terme ? On soutient en règle générale qu'un tel contrôle ne se conçoit pas aisément car la rupture anticipée du contrat à durée déterminée est objectivement fautive et qu'elle comporte obligatoirement une réparation (120). Mais la Cour de cassation admet que l'on puisse parler de rupture abusive dans ce cas. Il ne s'agit pas à proprement parler d'abus du droit de rompre, mais plutôt de la commission d'une faute délictuelle qui s'ajoute à la faute contractuelle et qui, lors de l'appréciation du montant de la réparation, entrera en ligne de compte pour chiffrer le préjudice subi par le salarié victime d'une rupture causée par un motif illégitime ou effectuée avec précipitation ou légèreté blâmable.

(118 bis) La loi du 13 nov. 1969 confirme cette attitude du législateur. Cf. *supra*, n° 233 bis.

(119) Un arrêt récent condamne l'employeur à des dommages-intérêts pour avoir refusé de renouveler un contrat à durée déterminée du fait de l'activité syndicale. Soc. 4 juin 1969, D. 1969, p. 545.

(120) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 266, p. 446.

Si l'on a pu croire que les juges n'avaient pas à tenir compte de la notion d'abus dans le cadre du contrat à durée déterminée, ceci est dû principalement au fait que, dans le contrat à durée indéterminée, le juge doit se prononcer séparément sur les divers chefs de demande, dont la demande de dommages-intérêts pour rupture abusive (art. 23 § 5), alors que dans le cas du contrat à durée déterminée, il doit chiffrer le préjudice total et réel subi par la victime de la rupture (121).

268. — En fait, que la durée du contrat soit ou non déterminée, le juge tient compte des mobiles ou des circonstances de fait préjudiciables qui entourent la rupture pour fixer le montant des dommages-intérêts. On trouve la confirmation de cette théorie dans les décisions jurisprudentielles qui accordent au salarié des dommages-intérêts d'un montant supérieur au montant des salaires qui restaient à échoir jusqu'au terme et ceci, soit en fonction de la brutalité avec laquelle est intervenue la rupture, soit en fonction de la légèreté ou de la précipitation avec lesquelles s'est effectué le renvoi.

Ainsi, si les juges du fond constatent que le salarié a subi « un préjudice moral consistant dans une dépression nerveuse en relation avec la brutalité du congédiement, ils peuvent lui octroyer de ce chef des dommages-intérêts » (122). C'est le fait d'avoir rompu brutalement qui est constitutif d'une faute distincte de la faute contractuelle consistant à rompre avant le terme, c'est-à-dire en ne respectant pas la parole donnée. Cette attitude de la jurisprudence est nette. La Cour de cassation casse les décisions des juges du fond qui refusent d'accorder des dommages-intérêts pour « rupture abusive ». Ainsi, pour la Cour Suprême, « doit être cassée la décision qui déclare qu'il *n'y a pas rupture abusive du contrat de louage de services à durée déterminée,* au motif que l'employé ne rapporte pas la preuve du caractère abusif de cette rupture, sans répondre au chef des conclusions d'après lequel les modalités mêmes du congédiement étaient vexatoires et dolosives, cet employé de premier plan ayant été renvoyé du jour au lendemain et privé du droit élémentaire d'accéder à son bureau pour y reprendre ses affaires personnelles » (123). Que le contrat soit à durée déterminée ou non, l'attitude de l'employeur qui porte atteinte à la dignité du salarié est fautive et sera source de réparation au profit du salarié. Existe-t-il de meilleure preuve de l'inutilité de la distinction en la matière et de la possibilité d'un statut unique de la rupture abusive ? Et l'on objectera en vain que la rupture abusive « stricto sensu » ne saurait s'appliquer qu'au contrat à durée indéterminée. La jurisprudence, ici aussi, a mis fin à ces tendances qui font de la technicité un but en soi alors que l'essentiel, la justice dans les relations du travail, serait sacrifié. Deux exemples récents suf-

(121) *Infra,* n° 369.
(122) Soc. 25 janvier 1961, Bull. 1961-IV, n° 107, p. 83. Rappr. Soc. 2 mai 1958, Bull. 1958-IV, n° 553, p. 413.
(123) Soc. 18 juillet 1955, Bull. 1955-IV, n° 649, p. 487.

firont à nous en convaincre, d'autant plus probants qu'il s'agit d'arrêts de cassation.

Ainsi, dans un arrêt du 25 mai 1964 (124), la chambre sociale de la Cour de cassation casse l'arrêt « qui tout en constatant la brusquerie de la rupture du contrat de travail d'un salarié et le dommage qui en était résulté pour l'intéressé le déboute de sa demande de dommages-intérêts « *pour rupture abusive* » au motif qu'il n'y avait pas eu rupture anticipée de son contrat de travail venu à expiration au terme fixé et qu'il aurait dû présenter sa demande « *sous une autre qualification* ». La Cour d'appel a donné aux termes « rupture abusive » un sens strict qu'ils n'avaient pas en l'espèce, au lieu de celui d'abus de la rupture des relations des parties ».

Cette même solution est reprise dans un autre arrêt de la chambre sociale du 24 janvier 1968 (125). La Cour d'appel de Paris, le 16 février 1965, avait rejeté une demande en dommages-intérêts pour rupture abusive du contrat à durée déterminée au prétexte que la notion même de rupture abusive serait incompatible avec le caractère de contrat à durée déterminée. La Cour Suprême casse en relevant que « la Cour d'appel a donné aux termes « rupture abusive » un sens strict qu'ils n'avaient pas en l'espèce et a dénaturé les conclusions du demandeur tendant à la réparation de l'abus commis lors de la rupture des relations ».

La démonstration est nette. Du moment que l'employeur commet une faute qui cause un préjudice au salarié, quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le contrat, le salarié peut demander réparation, le terme de « rupture abusive » n'étant pas exclusif du caractère déterminé du contrat. Dès lors qu'il y a eu un abus dans « la rupture des relations des parties », selon les propres termes de la Cour de cassation, le juge du fond doit accorder la réparation et ne saurait la refuser au prétexte qu'il s'agit d'un contrat à durée déterminée (126). L'assimilation est d'autant plus complète que la cause de l'abus se trouvera aussi bien dans l'atteinte à un droit fondamental que dans les circonstances entourant la rupture (127). L'évolution intervenue dans le cadre du contrat à durée indéterminée et tendant à consacrer l'abus pour « légèreté blâmable » se remarque également dans le contrat à durée déterminée. On ne peut que se féliciter de cette jurisprudence qui tend de plus en plus à identifier les régimes applicables lorsqu'une faute est commise dans l'exercice de la rupture.

269. — L'impératif de la sécurité de l'emploi tend de plus en plus à être respecté dans la mesure où l'employeur doit se garder de toute faute lors de la rupture de la convention. Cette solution paraît extrêmement valable et « si l'on envisage le problème dans

(124) Soc. 22 mai 1964, Bull. 1964-IV, n° 424, p. 345.
(125) Soc. 24 janvier 1968, Bull. 1968-V, n° 50, p. 43.
(126) Soc. 8 janvier 1969, I.C.E. 1969-418.
(127) Soc. 26 juin 1968, J.C.P. 1968-IV-140.

le cadre d'une politique systématique de l'emploi, s'imposant au chef d'entreprise, le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée doit être largement assimilé à une véritable rupture afin d'assurer au salarié le bénéfice d'une protection légale que dans tous les cas sa condition justifie » (128). Le non-renouvellement du contrat à durée déterminée doit être assimilé à un licenciement par le fait même qu'il y a une intervention de la volonté de l'employeur, celle-ci étant toujours susceptible de contrôle (129). Seule l'arrivée du terme, c'est-à-dire du moment prévu par les parties comme devant marquer la fin des relations contractuelles entre les parties est insusceptible de contrôle. Un tel terme ne peut exister que dans les contrats temporaires par nature dont il est normal qu'ils ne soient pas susceptibles de renouvellement.

Lorsque la cessation des relations contractuelles est la conséquence de l'intervention de la volonté de l'employeur, ce qui doit compter ce n'est pas le fait de savoir si cette manifestation de volonté est celle qui est prévue dans le cadre du contrat à durée indéterminée, mais de contrôler si son exercice n'est pas fautif. Cette faute peut être caractérisée par le mobile malveillant ou tout simplement par un acte dommageable qu'un employeur diligent eût pu éviter. La protection des intérêts du salarié exige que la distinction ne puisse influer sur la réparation. On peut constater que le contrôle des conditions dans lesquelles intervient la rupture est admis par le juge de manière générale et cette tentative d'uniformisation laisse augurer un abandon de la distinction en cette matière. Celle-ci tend d'ailleurs à se réaliser également sous forme négative dans la mesure où une certaine limitation du contrôle judiciaire peut se concevoir, notamment pendant la période d'essai.

§ 3. — *L'absence de contrôle des motifs pendant la période d'essai*

270. — Le contrat de travail assorti d'une période d'essai est d'une pratique fréquente et cette période d'essai peut s'incorporer indifféremment à un contrat temporaire ou à un contrat à durée indéterminée (130). Pendant cette période, les parties possèdent une faculté discrétionnaire de résiliation à tout moment (131). Tel est le principe : mais n'y a-t-il pas une évolution qui se dessine permettant d'admettre un certain contrôle de la rupture, même pendant cette période ? L'impératif de la liberté de décision doit-il être absolu en période d'essai ?

a) *Le principe.*

271. — La période d'essai ayant pour but de mettre à l'épreuve les qualités professionnelles du salarié, la jurisprudence, très tôt,

(128) G.H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, I, n° 274, *in fine*, p. 458.
(129) G.H. CAMERLYNCK, « *De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat de travail à durée déterminée* », J.C.P. 1961-I-1655.
(130) *Supra*, 1re partie, n° 90.
(131) *Supra*, 1re partie, n° 92.

a déclaré que la résiliation pendant cette période ne pouvait être source de dommages-intérêts (132). La Cour de cassation admettait que chaque partie avait la possibilité de rompre quel que soit le motif, même extérieur aux relations de travail, et qu'il n'était pas nécessaire que l'employeur mette en avant la mauvaise qualité du travail (133). Il n'était pas permis au juge de se substituer aux parties pour évaluer le caractère satisfaisant ou non de l'essai (134). Aucune explication n'était donnée à l'appui de cette jurisprudence. Sur quel principe pouvait-on baser cette impossibilité de contrôle des motifs de rupture ? La doctrine ancienne se contentait d'enregistrer le fait (135), sans y chercher d'explication.

272. — Pour notre part, nous estimons que c'est le caractère personnel des relations du travail qui explique cette solution. En effet, les résultats de l'essai peuvent s'apprécier sur deux plans distincts, car les qualités professionnelles peuvent se subdiviser en deux catégories : d'une part, les qualités proprement techniques et, d'autre part, les qualités humaines. Ainsi que le fait remarquer un auteur : « les qualités psychologiques, morales et sociales dont (le salarié) fait montre ou dont il est au contraire dépourvu entrent en ligne de compte au même titre » que les qualités techniques (136). La prise en considération des qualités humaines est d'autant plus grande que l'essai porte sur un poste élevé de la hiérarchie : à un manœuvre on ne demande en général que de la force physique alors qu'un cadre est amené à avoir de fréquents contacts avec les autres salariés et même et surtout à l'extérieur de l'entreprise. De ce fait, la personnalité du cadre est au moins aussi importante que ses aptitudes techniqnes dans l'optique d'un développement fructueux des rapports de travail et d'une bonne harmonie à l'intérieur de l'entreprise.

Dans ce cas, le contrat de travail est dans une très large mesure considéré comme un contrat « intuitu personae ». Mais, comme cet élément pourrait être par la suite une grave cause d'instabilité de la convention, il est nécessaire que les parties puissent largement tenir compte des qualités morales du cocontractant avant d'aboutir à des garanties de stabilité (137).

C'est ce double aspect des qualités professionnelles qui fait que leur appréciation doit être largement laissée à la discrétion des parties. Si on peut à la rigueur admettre qu'un contrôle judiciaire s'exerce sur les qualités techniques qui sont d'ordre objectif, il est impensable de permettre au juge de contrôler ou

(132) Civ. 19 novembre 1929, D.H. 1930-21 ; Civ. 6 juillet 1931, G.P. 1931-2-430 ; Civ. 18 avril 1932, S. 1932-I-305.

(133) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 165, p. 295 ; D. Autié, *opus cité* p. 44 et s.

(134) Civ. 18 avril 1932, précité.

(135) Ch. Beudant, *opus cité*, n° 143, p. 155 ; J. Vincent, *opus cité*, p. 400 et p. 441.

(136) H. Sinay, *Le travail à l'essai*, Droit Social 1963, p. 157.

(137) Marc Azoulai, *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, p. 1.

d'apprécier des qualités d'ordre essentiellement subjectif, telles que les qualités psychologiques et morales. C'est pourquoi la rupture peut intervenir dans les premiers jours de l'essai, « dès lors que les relations avec le salarié depuis la signature du contrat ont révélé au chef d'entreprise que l'essai serait infructueux » (138). De même, un salarié engagé à l'essai pour effectuer deux sortes de travaux différents peut très bien être renvoyé après essai de l'une des deux tâches, sans que l'employeur ne l'ait mis à l'épreuve pour la seconde, l'essai de cette première tâche ayant montré à l'employeur que le salarié ne lui convenait pas (139). L'absence de contrôle des motifs s'explique donc surtout par le caractère bivalent de l'essai destiné à déceler non seulement les qualités techniques mais aussi et surtout les qualités morales, ces deux ordres de qualités ne pouvant être dissociés dans l'appréciation des qualités professionnelles.

273. — Il va sans dire que cette impossibilité de contrôle judiciaire peut se révéler extrêmement dangereuse dans la mesure où, sous le couvert d'incompatibilité morale, peuvent s'exercer de véritables abus. Est-ce à dire alors que la preuve d'un mobile illégitime soit inopérante ? Une telle conclusion semblait résulter d'une décision de la Cour de cassation du 5 janvier 1945. On pouvait notamment lire que « le contrat à l'essai peut être rompu à tout moment, quel que soit le motif d'ordre technique ou non, pour lequel l'employé soumis à l'épreuve ne paraît pas convenir à l'emploi envisagé, sans que puisse intervenir la notion d'abus.. » (140). Cet arrêt de principe était intervenu dans une affaire particulièrement significative. En effet, il s'agissait d'un cadre licencié en période d'essai à cause de son opposition au régime politique existant. La raison du licenciement était essentiellement politique et constituait, bien que la Constitution de 1946 n'ait pas encore vu le jour à cette époque, une atteinte à la liberté d'opinion.

Pour soutenir sa solution, la Cour de cassation invoquait l'article 29 m du Livre I du Code du travail, texte concernant le contrat de travail des représentants de commerce selon lequel « aucune indemnité ne sera due lorsque la rupture intervient au cours de la période d'essai » et avançait qu'il serait invraisemblable que le législateur ait entendu placer cette catégorie de salariés dans une situation autre que celle de tous les travailleurs. Cet argument, qui paraît solide à première vue, ne nous semble cependant pas péremptoire. Avec la majorité de la doctrine, nous pensons qu'il faut sous-entendre que la rupture au cours de la période d'essai ne peut donner lieu à aucune indemnité lorsqu'elle intervient « en raison des résultats de l'essai » (141). Mais dès

(138) Soc. 5 décembre 1963, J.C.P. 1964-IV-6.

(139) Soc. 19 mai 1960, Bull. 1960-IV, n° 520, p. 405.

(140) Soc. 5 janvier 1945, D. 1945-I-188, Droit Social 1946, p. 36, note J. Carbonnier.

(141) J. Carbonnier, note sous Soc. 5 janvier 1945, Droit Social 1946, p. 36 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 84, p. 148 ; H. Sinay, *opus cité*, p. 158 ; P. Durand et A. Vitu, n° 166, p. 297.

que le salarié peut apporter la preuve que le motif de la rupture est illégitime pourquoi la théorie de la rupture abusive ne pourrait-elle s'appliquer ?

b) *L'atténuation du principe.*

274. — L'arrêt du 5 janvier 1945, bien que motivé de façon claire et précise, pouvait s'expliquer par le recours aux règles de droit commun. M. Carbonnier avait tenté de l'expliquer en disant que : « la solution paraît en soi tout à fait exacte quand on la limite à l'hypothèse des employés supérieurs pour laquelle elle a été donnée. En effet, ce qu'il faut comprendre dans l'aptitude professionnelle, objet de l'essai, varie d'un groupe de salariés à l'autre. Entendue d'une manière étroitement technique, impersonnelle et presque physique, pour l'ouvrier non qualifié, cette notion, au fur et à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie du travail, s'élargit en s'incorporant de plus en plus d'éléments hétérogènes, non techniques, qui touchent aux différents aspects de la personne publique et même privée du salarié » (142). Par là, l'auteur explique que pour les salariés placés au sommet de la hiérarchie, les éléments humains importent beaucoup. Dans le cas d'espèce, s'agissant du Directeur de la Régie Autonome des Pétroles, on pouvait admettre qu'une opposition d'ordre politique était difficile à concevoir de la part d'un dirigeant de l'entreprise. Mais nous pensons, avec P. Durand, que l'observation n'est pas propre à la période d'essai et qu'« elle serait aussi décisive pour un contrat de travail ordinaire » (143).

275. — La période d'essai est une période du contrat pendant laquelle s'appliquent les règles des contrats à durée indéterminée (144). Mais ayant pour fondement la connaissance des qualités personnelles du salarié, le motif légitime de rupture consistera en une incompatibilité d'ordre mental ou moral. Voilà, à notre avis, pourquoi la jurisprudence estime que la rupture peut avoir lieu sans avoir à en donner les motifs. Il y aurait en quelque sorte une présomption d'incompatibilité. La différence avec la période postérieure du contrat est que lors de la rupture de cette dernière, l'employeur est tenu d'alléguer un motif alors qu'en période d'essai, la rupture est présumée justifiée (145). Mais est-ce à dire que cette présomption soit irréfragable ? Une telle conséquence serait extrêmement dangereuse dans la mesure où, sous prétexte d'incompatibilité morale, peuvent se produire des ruptures dans lesquelles l'élément intentionnel nuisible aurait une large place. Si l'employeur bénéficie d'un large pouvoir de rupture pendant la période d'essai, il doit pouvoir être sanctionné s'il a obéi à un motif illégitime sans rapport avec le but de

(142) Carbonnier, précité.
(143) Durand, *opus cité*, eod. loc.
(144) Voir *supra*, 1re partie, n° 92.
(145) La jurisprudence ancienne parlait de « présomption d'incapacité », Civ. 18 avril 1932, S. 1932-I-305.

l'épreuve. Et la jurisprudence dès l'origine sanctionnait les ruptures causées par un motif étranger au résultat de l'essai. Ainsi, dès 1926, la Cour de cassation considérait qu'un salarié ne peut être renvoyé en cours d'essai uniquement pour permettre à l'employeur de donner l'emploi à une autre personne (146). Il faut toutefois noter qu'une clause du contrat spécifiait que l'employeur ne pouvait résilier le contrat que s'il était mécontent des résultats de l'essai. Depuis cet arrêt, les décisions sont rares en raison de la difficulté de preuve à laquelle se heurte le salarié lorsqu'il veut renverser cette présomption. Toutefois, on peut relever quelques décisions. Ainsi, lorsqu'il s'avère que l'employeur a congédié des salariés, non en raison de leurs qualités professionnelles, mais pour leur appartenance syndicale, les juges du fond considèrent que la rupture est abusive et alloue des dommages-intérêts (147). L'atteinte aux droits fondamentaux est donc sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts aussi bien pendant la période d'essai que pendant le cours normal du contrat de travail. Dès que la preuve est faite de la faute de l'employeur, la réparation est possible par application de la théorie de la rupture abusive (147 bis). Celle-ci est d'ailleurs explicitement reconnue dans les attendus de nombreuses décisions. Ainsi, on peut lire dans un arrêt de la chambre sociale du 18 janvier 1957 que « *sauf intention de nuire*, l'employeur est seul juge de la question de savoir si l'employé a fait preuve des qualités nécessaires... » (148). Dans une autre espèce, on relève que « le salarié n'a établi aucune faute de son employeur dans l'exercice de son droit de mettre fin à son contrat à l'essai » (149). Les formules, bien qu'elles soient contenues dans des espèces défavorables au salarié, sont significatives. La possibilité de l'application de l'abus de droit est reconnue pendant la période d'essai. La doctrine approuve, en règle générale, cette application de la théorie de l'abus de droit à la période d'essai (149 bis). Un auteur déclare d'ailleurs : « ... on ne voit pas pourquoi écarter les règles de l'abus de droit. Il y a dans ce cas... une sorte de détournement de pouvoir par le chef d'entreprise » (150). Mais, en raison de la présomption d'incompatibilité, il faut faire la preuve difficile de l'attitude fautive. D'ailleurs cette obligation de faire la preuve de l'abus de droit n'est pas particulière à la période d'essai et pourrait ainsi servir à démontrer qu'entre la période d'essai et les périodes successives, il n'y a aucune différence de nature mais simplement une « différence de degré » dans la possibilité de résiliation (151).

(146) Civ. 25 janvier 1926, S. 1926-I-84.
(147) Trib. Paix Petit-Quevilly 3 septembre 1952, G.P. 1952-II-279.
(147 bis) Soc. 12 mars 1970, J.C.P. 1970-II-16548, note GROUTEL.
(148) Soc. 18 janvier 1957, J.C.P. 1957-II-9887 - D. 1957-353 - I.C.E. 1957-443.
(149) Soc. 25 octobre 1965, J.C.P. 1965-IV-150 - Bull. 1965-IV, n° 698, p. 587.
(149 bis) Note GROUTEL, précitée sous Soc. 12 mars 1970.
(150) D. AUTIÉ, *opus cité*, n° 41, p. 49.
(151) H. SINAY, *opus cité*, p. 162.

§ 4. — *Le problème de la charge de la preuve.*

276. — La question essentielle porte sur le point de savoir sur quel contractant va peser le fardeau de la preuve. Est-ce au salarié qui subit la rupture de prouver la faute de l'employeur ou est-ce à ce dernier d'apporter la justification de la légitimité des motifs qui le conduisent à se séparer du salarié ?

Dès l'origine, ce problème allait susciter les plus vives controverses aussi bien en jurisprudence qu'en doctrine (152). En effet, la réparation du dommage causé au salarié par la rupture peut devenir illusoire si on impose à ce dernier la preuve très difficile, voire impossible, de la faute de l'employeur. La difficulté de la preuve tient essentiellement au caractère plus ou moins subjectif de la faute et surtout à la possibilité pour l'employeur d'alléguer des motifs légitimes découlant des pouvoirs qu'il détient en sa qualité de chef d'entreprise. Les deux parties n'étant pas sur un pied d'égalité, cette inégalité rend la situation du salarié précaire et ce fait doit être pris en considération sur le plan de la preuve. Si l'on s'en tient à l'application du droit commun, la résiliation étant un droit dans le contrat à durée indéterminée, le fait d'exercer un droit reconnu par la loi n'a pas à être justifié et il en découle que c'est à celui qui subit la rupture de démontrer la faute commise dans l'exercice du droit. Dans le contrat à durée déterminée, le problème est identique lorsqu'il se pose lors du non-renouvellement (153), mais il est différent lorsqu'il se pose en cas de résiliation anticipée. Dans ce cas, en effet, la rupture constitue en elle-même une faute et c'est à l'employeur de prouver le motif légitime de la rupture. Une telle procédure est avantageuse pour le salarié qui est déchargé du fardeau de la preuve. Le problème qui se pose dans le cadre d'une unification des régimes de rupture consiste dès lors à étendre au contrat à durée indéterminée cette procédure particulière à la rupture anticipée du contrat à durée déterminée, réalisant ainsi le renversement de la charge de la preuve. Ce point particulier n'est pas neuf et a été posé dès l'origine sans que la jurisprudence ait réussi à le résoudre. Aussi une étude de droit comparé nous permettra-t-elle de reposer le problème et de donner les bases d'une nouvelle solution.

a) *L'évolution en droit français.*

277. — Dès le milieu du XIX[e] siècle, les tribunaux et cours d'appel tendent à consacrer le principe du renversement de la charge de la preuve. La preuve du juste motif de résiliation incombait à l'employeur (154). Aucune autre considération que d'équité ne pouvait soutenir une telle argumentation. Aussi la Cour de cassation, par deux arrêts du 5 février 1872, condamna-

(152) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 461.
(153) Soc. 24 juin 1964, J.C.P. 1964-II-13884, note anonyme.
(154) Rouen 9 février 1859, D.P. 1861-II-52 ; Paris 16 février 1863, D.P. 1863-II-127.

t-elle cette tendance des juges du fond (155). En l'absence de textes législatifs consacrant un tel renversement de la charge de la preuve, il faut appliquer l'article 1315 du Code civil. Selon la règle « actori incumbit probatio », c'est à celui qui se plaint, de prouver la faute de celui qui a abusé de son droit et non à ce dernier de fournir un motif légitime.

Une telle position de la part de la Cour Suprême n'alla pas sans causer de vives protestations dans les milieux ouvriers et des résistances dans les juridictions inférieures (156). Aussi le législateur intervint-il le 27 décembre 1890 pour ajouter à l'article 1780 du Code civil une disposition consacrant le principe de l'abus de droit dans la rupture du contrat de travail. Le droit de résiliation, tout en restant absolu, était susceptible de donner lieu à des dommages et intérêts. La formulation même de la loi était équivoque et cela était dû au fait qu'elle était le résultat d'un compromis, dont les considération contradictoires ont été à l'origine de la division de la doctrine sur la portée même du texte. Certains auteurs prétendaient que ce texte ne se concevait que s'il infirmait la jurisprudence antérieure (157), d'autres déclarant que la loi n'avait fait que consacrer la jurisprudence de la Cour Suprême (158). Cette dernière d'ailleurs, ne trouvant dans ce texte aucun remaniement de la question de la preuve, continuait à casser les décisions opérant un renversement de la charge de la preuve (159).

278. — C'est alors qu'intervient la loi du 19 juillet 1928 dont les travaux préparatoires indiquaient plus clairement qu'elle entendait opérer le renversement de la charge de la preuve (160) et qui fut saluée comme telle par la majorité de la doctrine (161). Toutefois, l'imprécision de la formule adoptée par les rédacteurs allait soulever de nouvelles difficultés d'interprétation. « Le tribunal pour apprécier s'il y a abus pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture ; le jugement devra en tout cas mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat ».

Selon la doctrine de l'époque (161), il n'était plus possible de donner congé sans motif légitime. Le seul fait de congédier sans motif légitime constituait la faute requise pour l'obtention

(155) Civ. 5 février 1872, D. 1873-I-63 - S. 1873-I-132.

(156) J. Guyenot, *opus cité*, p. 278 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 204, p. 360.

(157) M. Planiol, notes au D.P. 1892-II-489 - D. 1893-II-377 - D. 1897-I-401.

(158) A. Sauzet, « *Etude sur le nouvel article* 1780 *du Code civil* », Ann. de Droit com. 1891.

(159) Civ. 19 juin 1897, D. 1898-I-540 ; Civ. 20 novembre 1910, D. 1913-I-20 ; Civ. 12 décembre 1923, S. 1924-I-261.

(160) Doc. Parl. 1928-4601, p. 895.

(161) P. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, n° 1202 ; Lecomte, « *La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée* », R. crit., p. 570 ; Capitant et Cuche, *Précis de législation industrielle*, p. 413 ; A. Rouast, note au D.P. 1930-I-71 ; M. Planiol et G. Ripert par A. Rouast, t. XI, n° 869 ; P. Voirin, R.T.D.C. 1928-792 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 365. *Contra :* H. et L. Mazeaud, t. I, n° 584 ; P. Durand, R.T.D.C. 1930, p. 277.

des dommages et intérêts. Pour échapper à la condamnation, l'auteur de la rupture devait établir les raisons qui l'avaient conduit à rompre le contrat. Les tribunaux inférieurs jugeaient en ce sens, allant même jusqu'à estimer que la loi avait fait peser sur l'employeur « une garantie implicite de maintien au service de l'entreprise tant que celle-ci fonctionne normalement et que l'employé accomplit correctement sa tâche » (162).

Or, contre vents et marées, la Cour de cassation continua à faire application de l'article 1315. Si la loi du 19 juillet 1928 a facilité dans une certaine mesure l'administration de la preuve de l'abus, la charge de la preuve incombe toujours à celui qui a subi la rupture (163). Non seulement la partie qui subit la résiliation est tenue de la charge de la preuve, mais encore elle doit combattre les motifs qui sont allégués par l'employeur. Pour une partie de la doctrine, le texte de la loi, tel qu'il est interprété par la Cour Suprême, au lieu de venir en aide au salarié, alourdirait encore le système de la preuve de l'abus (164). Mais pour la Cour de cassation, la faculté accordée aux parties de rompre le contrat à tout moment tient à l'essence même du contrat et seule la preuve de la faute apportée par celui qui subit la rupture peut entraîner l'allocation de dommages-intérêts (165).

279. — Dans l'état actuel de la jurisprudence, la situation est la suivante : l'employeur allègue un motif et le salarié doit apporter la preuve que le véritable motif est illégitime.

I. La loi du 19 juillet 1928 fait obligation à l'employeur d'alléguer un motif car ce motif de congédiement doit figurer dans le jugement. En règle générale, le motif allégué procède des pouvoirs détenus par l'employeur en tant que chef d'entreprise. Le chef d'entreprise est libre d'adopter les mesures qu'il estime nécessaires au fonctionnement de l'entreprise. Il use de son pouvoir de direction.

Dans un système économique capitaliste, le chef d'entreprise peut agir sans qu'il soit possible au salarié ou au juge de contester le bien-fondé des décisions prises. Par une formule qui n'a jamais été remise en cause depuis, la Cour de cassation décide ainsi que : « l'employeur est seul juge du fait de savoir si, à raison des circonstances économiques, il doit continuer l'exploitation de son usine dans les mêmes conditions que par le passé ou si, au contraire, il convient d'en assurer le fonctionnement sur

(162) T. civ. Bayonne 6 février 1945, S. 1945-II-83 ; T. civ. Montluçon 11 avril 1930, D.H. 1930-357.

(163) Req. 24 mars 1931, D.H. 1931-I-208; Civ. 14 juin 1932, D.H. 1932-I-410; Civ. 20 mai 1935 et 26 juin 1935, D.H. 1935-395 et 460 ; Soc. 9 octobre 1941, D.A. 1942-I-21 - J.C.P. 1942-II-1797 ; Soc. 28 novembre 1941, G.P. 1942-I-86 ; Soc. 20 mars 1945, D. 1945-I-268 ; Soc. 20 juillet 1953, Droit Social 1954-38 ; Soc. 10 février 1955, Droit Social 1955-301 ; Soc. 17 janvier 1957, J.C.P. 1957-II-9992 ; Soc. 13 mars 1963, Bull. 1963-IV-198 ; Soc. 5 mai 1965, Bull. 1965-IV, n° 348, p. 286 ; Soc. 16 décembre 1963, Bull. 1963-IV, n° 880, p. 727 ; Soc. 31 mai 1965, Bull. 1965-IV, n° 408, p. 339 ; Soc. 1er décembre 1965, Bull. 1965-IV, n° 848, p. 721.

(164) A. Rouast, note au D.P. 1930-I-71.

(165) Soc. 9 octobre 1941, D.A. 1942-I-21.

de nouvelles bases... » (166). Et elle en déduit qu'un renvoi dû à une « réorganisation de l'entreprise » ne peut pas être abusif (167). On s'aperçoit donc que l'impératif de la stabilité de l'emploi est en contradiction avec le principe de la liberté de l'employeur concernant tout ce qui touche à la direction de l'entreprise. Les considérations équitables et humanitaires ne sauraient prévaloir sur les nécessités d'organisation technique et économique (168), et ces principes sont valables que le licenciement soit individuel ou collectif (169). « L'employeur qui porte seul la responsabilité de la question, est seul juge des intérêts généraux et de la bonne marche de l'entreprise » (170). Une telle formule laisse entendre que les mesures de gestion ne peuvent faire l'objet d'aucune appréciation juridictionnelle. Mais, comme le fait remarquer un auteur : « Quand l'exercice du pouvoir de direction provoque un litige dans l'exécution du contrat de travail, le juge du contrat est ipso facto compétent pour en connaître » (171). On pourrait dès lors imaginer un contrôle du juge qui examinerait si l'employeur a usé de ses prérogatives en conformité avec la justice contractuelle. Mais, c'est au nom de la souveraineté économique du chef d'entreprise que les tribunaux s'interdisent dans bien des cas de censurer les décisions qui pourtant lèsent gravement les intérêts des salariés : les juges du fond ne peuvent pas et ne doivent pas se substituer au chef d'entreprise dans l'organisation des services et dans l'application du règlement intérieur (172).

Certains ont cru discerner le critère du motif légitime dans l'intérêt de l'entreprise (173), et il semblait effectivement que la jurisprudence soit en ce sens (174). Mais la solution apportée à l'affaire Brinon, dans laquelle la fermeture de l'entreprise était due aux fautes répétées du chef d'entreprise, ne laisse aucune équivoque à ce sujet. Il est difficile d'invoquer l'intérêt de l'entreprise pour justifier de sa perte. « L'intérêt de l'entreprise est un euphémisme dans la motivation courante des arrêts, puisqu'il n'est pas la conciliation, vérifiée par le juge, des intérêts respectifs de l'employeur et du salarié » (175). Ici il ne s'agit pas d'un

(166) Civ. 2 juin 1937, S. 1938-I-22 ; Soc. 31 mai 1956, Affaire Brinon, Droit Social 1956-489 - D.O. 1956, p. 340 - J.C.P. 1957-II-9397, note Esmein - D. 1958-I-21, note Levasseur ; Soc. 16 juillet 1963, D. 1963-707 ; Soc. 10 mars 1965, D. 1965, p. 500, note G. Lyon-Caen.

(167) Exemples récents : Soc. 2 mai 1967, Bull. 1967-IV, n° 347, p. 290 ; Soc. 21 juin 1967, Bull. 1967-IV, n° 495, p. 417 ; Soc. 28 juin 1967, Bull. 1967-IV, n° 517, p. 435 ; Soc. 20 juillet 1967, J.C.P. 1967-II-15275.

(168) Soc. 13 avril 1956, Droit Social 1956, p. 423 ; Soc. 8 novembre 1962, J.C.P. 1962-IV-162 ; Soc. 26 octobre 1966, D. 1967, som. 64.

(169) Cf. G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 298, p. 353.

(170) Soc. 24 juin 1954, Droit Social 1954-620.

(171) P.D. Ollier, *Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail*, Droit Social 1967, p. 504.

(172) Soc. 8 février 1962, J.C.P. 1962-II-12607, Cf. Droit Ouvrier, 1968, p. 6.

(173) R. Poplawski, note sous Soc. 7 décembre 1944, J.C.P. 1946-II-3206 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 467, *in fine* ; D. Autié, chron. au Droit Social 1956-153.

(174) Soc. 16 juillet 1953, Droit Social 1954-35 ; Soc. 29 décembre 1954, I.C.E. 1955-417.

(175) P.D. Ollier, *opus cité*, p. 505.

motif légitime mais d'un droit pour l'employeur de disposer de sa chose, l'entreprise, comme bon lui semble et de prendre, pour ce faire, les mesures qu'il juge bonnes, sans qu'aucun contrôle ne puisse venir limiter ce droit.

280. — En dehors du pouvoir de direction, une partie de la doctrine soutient que le pouvoir disciplinaire de l'employeur est à la base du motif légitime que constitue la faute légère du salarié, et elle déplore ce manque de proportionnalité entre la faute commise et la sanction (176). Dès lors que la faute est constatée, son existence constituerait un motif suffisant, légitime. Avec une autre partie de la doctrine nous préférons douter en la matière de l'existence d'un droit disciplinaire qu'aucun texte n'officialise (177), et penser que « le motif allégué de la faute commise par le salarié ne fait en définitive que souligner le caractère normal d'un tel exercice (du droit de résiliation unilatérale), sans en constituer le fondement même » (178). L'employeur ayant la possibilité de rompre le contrat à tout moment en utilisant le droit de résiliation unilatérale, le fait d'alléguer la faute légère du salarié permet de renforcer le caractère normal du licenciement. La faute légère n'est pas la cause du licenciement et le fait de l'alléguer permet surtout de combattre éventuellement une demande en dommages-intérêts pour rupture abusive en accentuant le caractère normal de l'exercice de la résiliation intervenue. Mais si le salarié parvient à prouver que la faute légère n'est qu'un paravent et que la véritable raison du licenciement procède d'un mobile illégitime, il obtiendra réparation malgré la faute qu'il a lui-même commise (179). La différence essentielle dans la situation des deux parties du procès est que l'employeur n'a pas à apporter la preuve de la faute légère qu'il invoque (180) et que la simple preuve par le salarié de l'inexactitude du motif de renvoi ne suffit pas à le rendre abusif (181). Il ne saurait donc, à notre avis, être question d'une théorie du motif légitime. Certaines justifications peuvent constituer le motif légitime par excellence, mais, en réalité, l'employeur doit simplement alléguer un motif plausible qui expliquera la décision de congédie-

(176) P. Durand et A. Vitu, II, n° 467, p. 877. Dans le même sens D. Autié, *opus cité*, p. 49 et s. Nous ne parlons pas ici de la faute grave dont nous avons vu que quelle que soit la catégorie de contrats, elle ne constitue pas un aspect du pouvoir disciplinaire mais un aspect particulier au droit du travail de la résiliation judiciaire. *Supra*, n° 194.

(177) On peut toutefois relever une certaine autonomie du pouvoir disciplinaire, notamment depuis que la loi a rompu tout lien entre l'amende infligée par le chef d'entreprise et la clause pénale (art. 22 b L. I C. trav. - loi du 5 février 1932) et surtout depuis qu'elle a consacré la mise à pied des représentant du personnel (loi du 16-4-1946, art. 16).

(178) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 12, p. 20 - n° 200, p. 355.

(179) Soc. 4 décembre 1959, J.C.P. 1960-II-11457, note G.H.C. ; Soc. 11 mars 1964, D. 1964-453 ; Soc. 4 janvier 1968, J.C.P. 1969-II-15835, note J. Ghestin.

(180) Soc. 19 janvier 1961, D. 1961, som. 36 ; Soc. 10 décembre 1963, Bull. 1963-IV, p. 727.

(181) Soc. 7 juillet 1960, D. 1960-574 ; Soc. 8 décembre 1960, J.C.P. 1961-IV-5 ; Soc. 15 mai 1961, J.C.P. 1961-IV-98 ; Soc. 4 décembre 1968, J.C.P. 1969-IV-21.

ment. Il n'a pas à prouver ce qu'il avance. Par contre, le salarié qui veut obtenir la condamnation de l'employeur pour rupture abusive est tenu de prouver la faute.

281. — II. C'est au salarié d'apporter la preuve du motif illégitime de l'employeur. La Cour de cassation reste ferme sur ce principe : le contractant qui invoque la rupture abusive doit prouver outre le préjudice subi, l'existence de la faute commise par l'autre partie (182). Et elle exige de la part des juges du fond une motivation minutieuse lui permettant d'exercer son contrôle (183).

Mais si la Cour de cassation considère avec fermeté que la loi du 19 juillet 1928 n'a pas opéré le renversement de la charge de la preuve, il n'en reste pas moins qu'elle a largement facilité l'administration de cette preuve.

En premier lieu, le tribunal peut faire une enquête (art. 23 § 5) pour apprécier s'il y a abus. Chaque fois que le juge présume que sous le motif allégué par l'employeur se cache un autre motif moins avouable mais dont le salarié ne peut apporter la preuve directe, il est en son pouvoir d'avoir recours à une mesure d'instruction. Cette enquête portera soit sur l'exactitude du motif allégué, soit sur les circonstances qui ont entouré le licenciement. Si le juge découvre des éléments fautifs, il pourra estimer que la rupture est abusive. Par ce biais, il est incontestable que la preuve de l'abus n'est pas directement apportée par le salarié mais plutôt fournie par les investigations du juge. Un exemple récent nous montre l'utilité du recours à l'enquête. Les juges du fond avaient donné mission à un expert de rechercher si les griefs de l'employeur étaient établis. L'expert ayant constaté que les griefs n'étaient pas fondés, la Cour de cassation déclare : « qu'il en résulte qu'en condamnant l'employeur à des dommages-intérêts pour rupture abusive, après avoir constaté qu'aucun des griefs invoqués n'avait été établi et que le congédiement avait été décidé avec une légèreté blâmable, sinon avec un esprit certain de malice et d'animosité, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision » (184).

L'enquête peut donc se révéler extrêmement intéressante pour le salarié dans la mesure où elle permet des investigations qu'il n'avait pas le moyen d'effectuer lui-même.

D'autre part, l'employeur doit fournir le motif du licenciement afin que le juge puisse le mentionner dans le jugement. Il est incontestable que la simple preuve de l'inexactitude du motif ne suffit pas à elle seule à caractériser l'abus de droit (185). De même, la démonstration par le salarié de son absence de faute

(182) Soc. 23 août 1966, Bull. 1966-IV, n° 328, p. 280 ; Soc. 26 juin 1968, Bull. 1968-V, n° 325, p. 264.

(183) Soc. 10 novembre 1955, Bull. 1955-IV, p. 610 ; Soc. 28 juin 1956, I.C.E. 1957-29.

(184) Soc. 15 février 1965, Bull. 1965-IV, n° 138, p. 111.

(185) Soc. 19 mai 1960, Bull. 1960, p. 405 ; Soc. 18 janvier 1961, Bull. 1961, p. 56 ; Soc. 17 novembre 1965, Bull. 1965-IV, n° 786, p. 668 ; Soc. 14 décembre 1965, Bull. 1965, n° 919, p. 785 ; Soc. 31 janvier 1968, D. 1968, som. 59.

est inopérante pour démontrer l'abus de droit de la part de l'employeur (186), il faut qu'il démontre la faute de celui-ci (187). Mais la preuve de l'inexactitude du motif allégué pourra être retenue par le juge à titre de présomption permettant au salarié, surtout au moyen de l'enquête, de faire la preuve de l'abus (188). Et si la Cour de cassation persiste à casser les décisions ayant accordé des dommages-intérêts au salarié sur la seule preuve de l'inexactitude du motif allégué, c'est souvent plus pour sanctionner une rédaction maladroite des juges du fond qui omettent de constater que l'auteur de la rupture a agi avec une « légèreté blâmable », que pour affirmer le principe que les dommages-intérêts ne sauraient être accordés que pour une faute réellement prouvée (189). En effet, les contradictions apparentes ne sont souvent dues qu'à de telles omissions et il semble que la Cour de cassation retienne assez facilement le grief inexact pour caractériser la légèreté blâmable de l'employeur (190).

A l'extrême limite la légèreté blâmable sera caractérisée par l'absence de motif de rupture et cette orientation nouvelle de la jurisprudence vient très largement remettre en cause le droit pour l'employeur d'utiliser la résiliation de façon discrétionnaire.

282. — Le fardeau de la preuve incombant au salarié se trouve ainsi considérablement allégé et pour échapper à la condamnation à dommages-intérêts l'employeur doit s'assurer en pratique d'un motif légitime et s'en préconstituer la preuve (191). Ainsi « le motif inexact » a-t-il tendance à devenir « le fallacieux prétexte » (192) qui marque la légèreté blâmable indispensable à la condamnation de l'employeur : « C'est une manifestation tardive de la pérennité de la « règle morale » ainsi que l'hommage rendu au principe de la bonne foi qui doit présider à l'exécution ou à l'extinction même des conventions » (192).

Mais si le fardeau de la preuve est ainsi considérablement allégé, il faut se garder d'un optimisme irraisonné. En effet, il n'en reste pas moins que la Cour de cassation a délibérément ignoré l'esprit de la loi du 19 juillet 1928. L'employeur, en effet, n'a pas à démontrer l'exactitude du motif qu'il allègue du moment qu'il est plausible. Un simple alibi que le salarié ne pourra renverser suffira à écarter l'abus. Cette situation est « choquante » (193), d'autant plus que, si l'employeur se garde

(186) Soc. 20 octobre 1955, Bull. 1955, p. 544 ; Soc. 16 mars 1964, Bull. 1964-IV, p. 209 ; Soc. 12 février 1964, Bull. 1964-IV, n° 119, p. 96 ; Soc. 21 juin 1967, Bull. 1967-IV, n° 494, p. 416 ; Soc. 28 juin 1967, Bull. 1967-IV, n° 515, p. 433.

(187) Soc. 1er juin 1965, Bull. 1965-IV, n° 428, p. 357.

(188) Soc. 13 novembre 1958, cité par G.H. Camerlynck, chr. D. 1959, p. 121 ; Soc. 15 février 1965, précité.

(189) Sur ce point cf. G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 125 et les décisions citées.

(190) Soc. 5 janvier 1968, J.C.P. 1968-IV-21.

(191) Soc. 7 décembre 1957, Bull. 1957-IV, p. 845.

(192) G.H. Camerlynck, « *Du motif inexact au fallacieux prétexte* », D. 1959, chr. p. 125.

(193) Rivero et Savatier, *Droit du travail*, 4e éd. 1966, p. 113.

de tout propos et de toute manifestation maladroits, le salarié ne pourra absolument pas prouver l'illégitimité du mobile de l'employeur (194). Cette jurisprudence défavorable au salarié trouve son explication dans le fait que la Cour de cassation craint certainement d'affaiblir le pouvoir du chef d'entreprise. Or « c'est une erreur psychologique certaine : loin de s'affaiblir un pouvoir se fortifie lorsque la justice de ses décisions ne peut être suspectée : c'est ce que confirme le droit comparé ; la plupart des pays étrangers ont reconnu aux salariés les garanties qu'exige l'équité » (193).

b) *Le problème de la charge de la preuve en droit comparé.*

En règle générale, le problème a été résolu dans les pays du Marché commun, par le législateur.

283. — Ainsi, le droit allemand a depuis longtemps opéré ce renversement du fardeau de la preuve (195). C'est à l'auteur de la rupture du contrat de faire la preuve du motif légitime. La loi de protection en matière de licenciement du 10 août 1951 considère a priori comme illégal tout licenciement d'un travailleur non justifié sur le plan social, c'est-à-dire tout licenciement qui n'est pas conditionné par des motifs propres à la personne ou au comportement du travailleur, ou par des nécessités de service urgentes qui s'opposent au maintien du travailleur dans l'entreprise (196). En cas de litige, l'employeur doit soutenir et prouver les faits propres à justifier le licenciement. Il existe donc deux catégories de circonstances qui permettent à l'employeur de se séparer du salarié — tenant soit à la personne du salarié, soit aux nécessités de l'établissement. Mais, dans le cadre de l'opposition entre les impératifs sociaux et les impératifs économiques, il semble que le législateur allemand ait entendu faire primer les premiers. En effet, même lorsque le licenciement est basé sur les nécessités techniques et économiques, le licenciement pourra être déclaré antisocial par le tribunal du travail si le salarié démontre que l'employeur n'a pas tenu suffisamment compte des considérations sociales dans le choix des salariés qu'il a sacrifiés. Ainsi, même lorsque l'employeur aura apporté la preuve que la rupture était due à des nécessités impérieuses tirées du fonctionnement de l'entreprise, le salarié peut encore prouver que d'autres salariés ayant moins besoin que lui de protection ont été conservés. Pour obtenir gain de cause, l'employeur doit alors justifier les circonstances lui permettant de ne pas tenir compte des considérations sociales (197).

L'intervention du législateur allemand est donc orientée vers une prise en considération particulière de la protection des sala-

(194) G.H. Camerlynck, « *La réforme sociale de l'entreprise* », chr. D. 1967, p. 101.
(195) J. Vincent, *opus cité*, II[e] partie ; M. Panayotopoulos, *opus cité*, p. 239.
(196) La stabilité de l'emploi dans les pays membres de la C.E.C.A., p. 80.
(197) Hueck, *Kündigungsschutzgesetz*, 5[e] éd., 1965, § 1 ; n° 42, p. 93 et s.

riés qui peut s'imposer même au cas de motifs légitimes tirés du fonctionnement de l'entreprise. Mais elle ne résout évidemment pas tous les problèmes. La récession économique de 1966 a montré à cet égard que même ces mécanismes juridiques novateurs n'assuraient pas toujours une protection suffisante (198).

284. — Le droit italien donne une nouvelle preuve de l'importance du problème (199). La loi du 15 juillet 1966 sur les normes applicables au licenciement individuel stipule dans son article 1er qu'un travailleur ne peut être licencié que pour une *juste cause* ou pour un motif justifié. En cela le droit italien respecte la Recommandation n° 119 de 1963 de l'O.I.T. qui prescrivait : « Aucun licenciement ne devrait intervenir sans qu'il existe un motif de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur, ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ». Et dans son article 3 la loi italienne dispose : « Un travailleur pourra être licencié pour une juste cause moyennant un préavis, en cas d'inexécution flagrante de ses obligations contractuelles ou pour des raisons inhérentes à la production, à l'organisation du travail ou au bon fonctionnement de l'entreprise ». Mais l'apport essentiel fait à la sécurité de l'emploi réside dans l'article 5 selon lequel : « Le fardeau de la preuve de l'existence d'une juste cause ou d'un motif justifié de licenciement incombera à l'employeur ». Cette loi du 15 juillet 1966 est à l'avant-garde du droit des pays de la C.E.E. Elle impose la notification du licenciement par écrit et le salarié peut demander le motif de son licenciement à l'employeur qui est tenu de l'indiquer dans les cinq jours sous peine de nullité du congédiement. De plus, elle renforce le contrôle judiciaire de la rupture du contrat de travail aussi bien sur le plan des motifs que de la preuve et de la sanction (200). Mais c'est le renversement de la charge de la preuve qu'elle institue qui constitue l'apport fondamental.

285. — C'est dans cette voie que devrait s'engager le législateur français et des propositions de loi ont déjà voulu consacrer un tel principe (201). Récemment, la loi du 30 décembre 1966 sur la protection des femmes en état de grossesse réalise d'ailleurs ce renversement de la charge de la preuve. En effet, si l'employeur veut résilier le contrat d'une femme en état de grossesse médicalement constatée, il doit justifier de la faute grave ou d'un motif étranger à son état (202).

(198) M. Luttringer, *Le syndicat dans l'entreprise en R.F.A.*, Etude documentaire réalisée pour le B.R.A.E.C., Section Economique et Sociale, ronéotypée, p. 58.

(199) G.H. Camerlynck, *La réforme sociale de l'entreprise*, D. 1967, chr. p. 104 ; G. Lyon-Caen, *Cours de droit social européen*, Les Cours de Droit, Paris 1965-1966, p. 368 et s. ; L. Mengoni, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, 1965.

(200) M. Panayotopoulos, *opus cité*, p. 227.

(201) Projet de loi Gazier-Meck 6 mars 1956, n° 1004, cité par G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, p. 364.

(202) Cf. *supra*, n° 236.

Le législateur vient à nouveau de consacrer la nécessité du motif sérieux et légitime de renvoi dans la loi récente du 13 novembre 1969 relative à la protection des représentants du personnel (203). Celle-ci dispose, en effet, que l'employeur ne peut refuser à son salarié, représentant syndical, membre ou ancien membre du comité d'entreprise, le renouvellement de son contrat de travail à durée déterminée que pour un motif sérieux et légitime. Selon le rapporteur devant le Sénat, le bien-fondé de ce motif sera susceptible d'être vérifié par le juge. Et le rapporteur estime, en outre, que la charge de la preuve du motif sérieux et légitime incombe à l'employeur, le renversement de la charge de la preuve constituant, pour le salarié, une garantie substantielle qui devrait permettre de mettre fin aux abus dénoncés par les auteurs de la proposition de loi.

La Cour de cassation se trouve une nouvelle fois à la croisée des chemins. Ou bien, devant la volonté évidente du législateur de renverser la charge de la preuve, va-t-elle enfin, en ce qui concerne les représentants du personnel, admettre que c'est à l'employeur de prouver la légitimité de sa décision de renvoi, et ceci quelle que soit la catégorie de contrat ? Ou bien, minimisant la portée de la disposition légale, va-t-elle continuer à estimer qu'il suffit d'un motif plausible et que c'est au salarié d'établir la corrélation entre le non-renouvellement ou le licenciement et sa situation de représentant du personnel ? Nul ne peut encore, à l'heure actuelle, dire si la Cour de cassation admettra enfin l'entorse à l'article 1315 C. civ. Il paraît pourtant évident qu'elle ne ferait qu'obéir à la loi, dont on peut penser qu'elle constitue un pas sérieux vers l'institution de la « juste cause » telle qu'elle existe en droit italien.

D'autre part, il existe au moins un exemple dans lequel la jurisprudence française a admis ce renversement de la charge de la preuve. Il s'agit de l'application des clauses de célibat. On sait que ces clauses, librement consenties, sont en principe valables (204). Mais récemment la Chambre sociale de la Cour de cassation vient de décider que la rupture du contrat par application de cette clause peut conduire à l'obtention d'indemnités de rupture par la salariée, dans la mesure où « l'employeur ne justifie pas de nécessités impérieuses tirées de la nature des fonctions et de leurs conditions d'exercice » (205). Cet exemple est à vrai dire particulier. Si la clause de célibat ne se justifie pas, sa validité ne sera pas reconnue et, dès lors, la rupture sera analysée, non comme la conséquence de la réalisation d'une condition résolutoire, mais comme la conséquence de l'utilisation du droit

(203) Loi 69-1013 du 13 novembre 1969, J.O. du 14 novembre 1969, J.C.P. 1969-III-36087, voir *supra*, n° 233 bis.

(204) Soc. 27 avril 1964, Bull. 1964-IV, p. 278 - J.C.P. 1964-II-13807, note MORELLET - Droit Social 1964-574, note J. SAVATIER - D. 1965, p. 213, note A. ROUAST ; A. HUET, *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques*, R.T.D.C. 1967, p. 45 ; P. VOIRIN, *« Marion crie ! Marion pleure ! Marion veut qu'on la marie »*, D. 1963-247.

(205) Soc. 7 février 1968, J.C.P. 1968-IV-42 - D. 1968-429 - Bull. civ. 1968-V, n° 86, p. 72.

de résiliation unilatérale. Dès lors, les garanties prévues pour parer aux conséquences néfastes de celui-ci doivent s'appliquer sauf si l'employeur fait la preuve de la nécessité d'une telle clause. Ce n'est pas à la salariée de faire la preuve du caractère abusif de la clause de célibat, mais à l'employeur de la justifier. Il y a tout de même ici une hypothèse jurisprudentielle du renversement de la charge de la preuve.

Mais une telle réforme pose néanmoins des problèmes importants qu'il ne faut pas négliger. La protection du salarié ne doit pas conduire à la paralysie de l'entreprise. Il faut trouver un juste milieu entre les deux impératifs antagonistes. Un auteur d'ailleurs pose le problème et y répond : « Dans une économie capitaliste, le chef d'entreprise porte seul la lourde responsabilité du risque assumé. Il doit donc bénéficier corrélativement selon la jurisprudence, du pouvoir discrétionnaire de choisir ses collaborateurs et de les congédier... Un tel système, aujourd'hui dépassé, envisage l'entreprise exclusivement comme unité économique de production, dont il faut assurer la rentabilité optimum. C'est oublier que l'entreprise constitue de plus en plus une unité sociale... Après avoir procuré à chaque citoyen un emploi correspondant à sa vocation et à ses aptitudes, il importe ensuite de lui garantir la sécurité dans un tel emploi sauf nécessité établie... » (206). En attendant qu'une telle sécurité soit envisagée par le législateur, il n'en reste pas moins que le problème de la charge de la preuve reste le problème majeur et qu'il doit se poser dans les mêmes termes que le contrat soit à durée déterminée ou non. En effet, quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le contrat de travail, il peut être accordé à l'employeur le droit de rompre à tout moment. Mais, pour ce faire, il doit disposer d'un motif valable dont il sera tenu d'apporter la preuve. Lorsque le contrat est à durée indéterminée, il s'agit en réalité de supprimer le caractère discrétionnaire de la rupture. En imposant à l'employeur de justifier la nécessité de la rupture, on introduit ainsi un obstacle considérable à l'exercice du droit de résiliation unilatérale. La nécessité pour l'employeur de prouver l'obligation dans laquelle il se trouvait de se séparer du salarié conduit à une assimilation complète avec la résiliation anticipée assortie du contrôle a posteriori du juge dans le contrat à durée déterminée (207).

(206) G.H. Camerlynck, chr. précitée.
(207) *Supra*, n° 169 et s.

CONCLUSION

286. — L'uniformisation des régimes de rupture sur le plan du contrôle des conditions dans lesquelles elle s'opère est donc facilement réalisable. Une telle uniformisation devrait aboutir à instaurer une certaine sécurité de l'emploi. Quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le contrat, ce contrôle constitue un frein efficace à l'instabilité. L'impératif de protection des intérêts du salarié doit jouer sauf en période d'essai. Cette période, qui existe indépendamment du fait qu'elle précède une période de durée déterminée ou non, laisse une plus large place à la liberté des parties et nous avons vu que cette exception est justifiée. Quant au régime de la preuve qui doit être identique, que la durée du contrat soit ou non prédéterminée, l'évolution du droit européen peut faire en sorte que le renversement de la charge de la preuve soit un jour consacré dans le contrat à durée indéterminée. Un système très protecteur conduirait à une interdiction de rompre, la rupture ne pouvant être accordée que par un arbitre, organisme professionnel ou juge. Mais une telle solution ne saurait être sérieusement envisagée et comporterait certainement autant d'inconvénients que d'avantages. Il faut admettre que la rupture puisse être légitime. Dès lors, le seul problème consiste à permettre au contractant qui subit la rupture, de rechercher un nouveau contractant. Que le contrat soit à durée déterminée ou non, la cessation des relations contractuelles comporte un grave inconvénient. Dans les deux hypothèses la rupture est immédiate et ce caractère doit être rendu moins nocif. Il faut l'aménager de façon à assurer à chaque contractant la possibilité de chercher un nouvel engagement dans les meilleures conditions possibles.

CHAPITRE II

L'AMENAGEMENT DES CONDITIONS DANS LESQUELLES S'EXERCE LA RUPTURE

287. — Dans le contrat à durée déterminée, la cessation normale des relations contractuelles ne peut se produire, en principe, que de façon automatique, par l'arrivée du terme (1). De ce fait, la simplicité paraît de règle. La rupture se produisant à un moment que les parties ont prévu dès l'origine et de façon précise, il est inutile d'entourer cette rupture de garanties, de l'aménager de conditions propres à en rendre l'exercice moins brutal. Les parties, averties de la date de cessation de leurs relations ont la possibilité de prendre leurs dispositions pour rechercher un nouveau contractant et faire en sorte qu'il n'y ait aucune période de transition ou d'incertitude à la suite de la disparition du lien contractuel.

Rien de tel dans le contrat à durée indéterminée où l'exercice du droit de résiliation unilatérale peut se produire à tout moment et risque de surprendre le contractant qui subit la rupture. Il était donc nécessaire de limiter cette conséquence dangereuse et toute une évolution s'est réalisée dans ce sens, qui a conduit à une différenciation appréciable des régimes de rupture selon que la durée du contrat avait été ou non déterminée. Le problème ainsi posé ne paraît pas soulever de difficultés majeures. Il paraît normal d'aménager la rupture du contrat à durée indéterminée seul, puisque la cessation du contrat à durée déterminée ne comporte pas les risques de celui-ci.

288. — Mais la situation du salarié dans le contrat à durée déterminée peut se révéler beaucoup moins nette et, dans certains cas, il se trouve tout aussi surpris par la cessation des relations contractuelles qu'il ne l'était, à l'origine, dans le contrat à durée indéterminée. De plus, s'il s'avère que les garanties accordées dans le cadre du contrat à durée indéterminée ont eu jadis pour

(1) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 444, p. 838 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 266, p. 445.

unique objet de permettre aux parties de faire face à la situation créée, il n'en est plus de même de nos jours. Loin de poursuivre, somme toute, un but finalement limité, elles entrent peut-être aujourd'hui dans le cadre plus général d'une politique systématique de l'emploi, au regard de laquelle la distinction des contrats fondée sur la durée va perdre beaucoup de son importance. Dès lors, il sera à nouveau possible d'envisager un régime commun de la résiliation.

Section I. — L'évolution intervenue dans le contrat à durée indéterminée

289. — La différenciation des régimes de rupture résulte essentiellement des garanties accordées aux seuls salariés liés par un contrat à durée indéterminée alors qu'aucune n'est prévue pour ceux qui sont liés par un contrat à durée déterminée.

Dans le contrat à durée indéterminée, la rupture s'effectue par le congé donné par l'un des contractants à l'autre, et il a paru opportun, sans vouloir porter atteinte à la possibilité même de la rupture, de faire en sorte que ce congé ait le minimum de conséquences fâcheuses pour celui qui en est victime. L'exercice du droit de résiliation unilatérale a dû être entouré de certaines conditions de forme et de fond destinées à éviter les désagréments consécutifs à une rupture inopinée. Le législateur, les conventions collectives et les usages sont intervenus dans ce sens. L'aménagement du congé qui en est résulté, s'il peut être important au regard de l'employeur, s'avère capital pour le salarié dont la perte de l'emploi peut être catastrophique dans certaines circonstances économiques. Aussi comprend-on aujourd'hui que l'exigence de réciprocité totale, affirmée par certains auteurs (2) ait fait place à un désir de protection du contractant le plus faible, à savoir le salarié. La théorie unitaire du congé a tendance à être remplacée par deux théories distinctes : celle du licenciement et celle de la démission. Amorcée par les conventions collectives, plus soucieuses d'efficacité que de logique abstraite, cette dualité de régimes a été consacrée par le législateur en 1958 (3) et renforcée encore en 1967 (4). Alors que la démission du salarié reste tributaire du droit antérieur, le licenciement est entouré de garanties dont le but semble dépasser les préoccupations primitives de recherche d'un nouveau contractant.

Toute l'évolution se fait en faveur du salarié, qu'il s'agisse de l'acte lui-même, le congé, ou qu'il s'agisse de la condition essentielle du délai, à savoir le délai-congé ou préavis.

(2) P. Durand et A. Vitu, t. II, p. 840.

(3) G.H. Camerlynck, « *La réforme du délai-congé* », D. 1958, chr. 57 ; Lapp et Appril, « *La modification de l'art.* 23, *Livre I du Code du travail par la loi du* 19-2-1958 », J.C.P. 1958-I-1438.

(4) *Infra*, n° 303.

§ 1. — *L'aménagement du congé* (5).

290. — La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée s'opère par le congé donné par l'une des parties à l'autre. Ce congé est « une pièce du mécanisme contractuel » (6), mais doctrine et jurisprudence le rattachent à la catégorie des actes unilatéraux (7). Le congé étant un acte unilatéral, la possibilité de son exercice constitue un danger permanent pour la vie du contrat de travail. Instrument de destruction du contrat, le congé, par le fait de différents facteurs d'évolution, a vu, dans une certaine mesure, son exercice limité. Pour restreindre l'exercice de ce droit, et par-là même assurer dans une certaine mesure une meilleure sécurité, il a fallu l'entourer de règles précises.

291. — La volonté, pour produire des effets juridiques, doit être déclarée, soit d'une façon précise et déterminée, soit au contraire sans formalisme. Dans la théorie des actes juridiques, le droit français a consacré le principe de la liberté : le consensualisme est la règle, le formalisme et la solennité sont l'exception. Toutefois, en ce qui concerne les actes unilatéraux, il faut bien admettre que certains d'entre eux doivent être assujettis à des formes précises (8). Le congé, notamment dans le contrat de travail, a subi une évolution qui, d'un libéralisme très grand, a conduit à un formalisme assez accentué ; mais ce qui est remarquable, c'est que cette évolution s'est faite à sens unique, et traduit avant tout un souci de protection de l'un des contractants, le salarié. C'est en fonction de l'intérêt du salarié et de lui seul, que la matière du congé a été aménagée par la loi du 19 février 1958.

292. — a) A l'origine, le congé a été considéré par la jurisprudence comme échappant, en l'absence de disposition légale, à toute règle de forme. Le principe était que la volonté de celui qui donne congé n'était astreinte à aucune forme (9). Le mode d'expression était indifférent ; ainsi une notification verbale, une lettre, un exploit d'huissier avaient la même efficacité. D'ailleurs, doctrine et jurisprudence admettaient même que le congé pouvait résulter de la simple attitude d'une des parties au contrat. Le fait pour un employeur de mettre l'ouvrier en chômage pour un

(5) Sur le congé : Martin DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, Thèse Toulouse 1951 ; DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. II, n° 540 et s. ; P. DURAND et A. VITU, t. II, n° 446, p. 840 et s. ; A. BRUN et H. GALLAND, *Droit du travail*, II-273 et s. ; G.H. CAMERLYNCK, *La rupture du contrat de travail*, p. 23 ; A. ROBERT, La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Collectif*, p. 37 et s.

(6) A. ROBERT, *opus cité*, p. 41.

(7) P. DURAND et A. VITU, p. 842, n° 447 ; G.H. CAMERLYNCK, *Traité de la rupture*, p. 23.

(8) Martin DE LA MOUTTE, *opus cité*, p. 159.

(9) Req. 3 mai 1863, D. 1865-I-429 ; Req. 11 février 1907, D. 1910-I-392 ; T. civ. Toulouse 9 août 1906, D. 1907-V-12 ; Seine 19 février 1907, D. 1907-V-45 et la jurisprudence citée par P. DURAND, *opus cité*, p. 841 ; G.H. CAMERLYNCK, *Contrat de travail*, p. 272.

temps indéterminé (10), ou encore la modification des clauses du contrat non acceptée par l'ouvrier (11) étaient analysés comme congé tacite.

Mais, si le libéralisme semble avoir pour conséquence une grande facilité de rompre le contrat à durée indéterminée par le fait même que toute manifestation de volonté peut être qualifiée de congé, il a pour corollaire une grande souplesse d'application. En effet, les juges ont un grand pouvoir d'appréciation et, à travers les diverses formes utilisées pour donner congé, ils peuvent rechercher d'une façon scrupuleuse si la volonté réelle correspond bien à la volonté exprimée ; si au contraire une forme bien déterminée est fixée, il ne fait aucun doute que le juge perd alors ce pouvoir d'appréciation et est obligé de s'incliner. Donc, dès l'origine, les tribunaux, du fait du large pouvoir d'appréciation dont ils disposaient, étaient en mesure d'assurer une certaine stabilité du rapport contractuel et, par-là même, de protéger le contractant menacé.

293. — Mais le libéralisme des formes n'est pas sans danger et notamment dans le domaine de la preuve de l'existence même du congé ou du point de départ du délai de préavis (12). Pour éviter les contestations issues de ce libéralisme, il n'était pas rare que le contrat de travail individuel, le règlement intérieur des entreprises et surtout les conventions collectives aient prévu des formes particulières pour donner congé. Dans la plupart des cas, un écrit était exigé ainsi qu'un reçu daté et signé par l'autre partie. Certaines conventions collectives exigeaient même la motivation du congé ; d'autres entouraient le congé d'un maximum de formes destinées à garantir la partie victime de la rupture (13). Lorsque les formalités prescrites par ces textes n'étaient pas remplies, la rupture restait néanmoins acquise : l'inobservation des formalités ouvrant seulement droit à des dommages-intérêts suivant le principe de la réparation par équivalent (14).

294. — b) C'est la loi du 19 février 1958, incorporée dans l'article 23, Livre I[er] du Code du travail, qui va marquer une nouvelle étape en accentuant le formalisme du congé mais d'une façon unilatérale. Aux termes de ce nouveau texte : « Lorsque l'employeur prend l'initiative du congé, il doit le signifier par lettre recommandée avec accusé de réception. La date de présentation de la lettre recommandée fixe le point de départ du délai-congé d'un mois » (15).

295. — 1° Les principes posés par ce texte sont clairs. Le nouveau texte écarte de façon très nette l'exigence de réciprocité.

(10) Soc. 4 mars 1939, G.P. 1939-2-14.
(11) Soc. 28 décembre 1948, D.S. 1949-190 ; voir 1[re] partie, ch. 1, n° 49.
(12) A. Brun et H. Galland, *Bilan de cinq années*, p. 89.
(13) Voir G.H. Camerlynck, *La rupture du contrat de travail*, p. 25 et 26, notes 23, 24, 25, 26, 27. Même auteur, *Le contrat de travail*, t. I. p. 273.
(14) G.H. Camerlynck, *opus cité*, p. 136 et s. ; Soc. 30 avril 1954, D.S. 1954-481.
(15) F. Saramito, *A quel moment une lettre recommandée produit-elle les effets juridiques qui lui sont attachés ?* D.O. 1962-74.

Lorsque le congé sera dû à l'initiative de l'employeur, c'est-à-dire qu'il s'agira d'un licenciement, les formalités prévues par la loi devront être respectées. Si, au contraire, le congé émane du salarié, c'est-à-dire lorsqu'il y a démission, les formalités prescrites par la loi n'auront pas à être appliquées : le droit antérieur fondé sur le contrat individuel, l'usage ou les accords collectifs, continuera de s'appliquer. On perçoit donc de façon très nette l'ébauche d'une distinction de régime suivant que la rupture est le fait de l'un ou l'autre des contractants : la prise en considération de la position de faiblesse du salarié et, par contrecoup, la nécessité d'une protection particulière, ressortant nettement du texte. Cette loi du 19 février 1958 impose à l'employeur de signifier le congédiement par lettre recommandée avec accusé de réception. Une partie de la doctrine s'en tenant à un argument de texte estime que la lettre recommandée n'est obligatoire que pour les salariés ayant au moins 6 mois d'ancienneté (16). Une telle interprétation nous paraît sujette à caution. En effet, dans l'esprit du législateur l'exigence de la lettre recommandée est destinée d'une part, à rendre plus facile la preuve du congédiement et, d'autre part et surtout, à éviter les congédiements décidés à la légère ou sous le coup d'une impulsion irraisonnée. A notre avis, la réserve tenant à l'exigence de l'ancienneté de six mois n'est valable que pour la durée du préavis à donner. La lettre recommandée doit être exigée pour tout licenciement de salarié quelles que soient son ancienneté et la durée du préavis auquel il peut prétendre, ainsi qu'il a été jugé par certaines juridictions du fond (17).

Cette loi institue en faveur du salarié une règle de forme sévère que l'on peut considérer comme substantielle, dans la mesure où le délai de préavis ne peut courir que du jour où elle a été appliquée. L'idée de protection des intérêts du salarié est évidente et il semble découler du texte que si les formalités prescrites ne sont pas respectées, le congédiement opéré soit nul. Le fait de ne pas respecter une formalité substantielle doit ôter toute efficacité juridique au congédiement. Une partie importante de la doctrine est dans ce sens (18).

296. — 2° La jurisprudence, censée appliquer la loi, ne suit pas cette voie. Pour la Cour de cassation, l'envoi d'une lettre recommandée n'est qu'une exigence de preuve et le salarié n'est pas fondé à se prévaloir de l'inaccomplissement de cette formalité si la preuve du licenciement résulte d'autres documents ou de faits incontestés (19).

(16) J. Savatier, *Droit Social* 1962-568, note sous Soc. 21 février 1962.
(17) Trib. Inst. Albertville 19 décembre 1961, Droit Ouvrier 1962-233.
(18) A. Brun et H. Galland, *Bilan de cinq années*, p. 89 ; G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 27 - *Contrat de travail*, n° 154, p. 274.
(19) Soc. 8 décembre 1960, Bull. 1960-IV, n° 1151, p. 893 ; Soc. 21 février 1962, J.C.P. 1962-II-12682, note G.H.C. - D. 1962-570 - S. 1962-294 ; Civ. 8 juin 1963, D. 1964-23 - G.P. 1963-II-283 ; Soc. 23 mars 1964, Bull. 1964-IV, p. 223 ; Soc. 5 février 1964, J.C.P. 1964-IV-41 - G.P. 1964-I-385 ; Soc. 6 juillet 1964, D. 1965, som. 4 ; Soc. 15 février 1967, D. 1967, som. 87 ; Soc. 13 janvier 1966, Bull. 1966-IV, p. 45.

Une telle solution doit être vigoureusement critiquée, car, d'une part, elle ne correspond manifestement pas au texte de la loi et, d'autre part, elle ne correspond pas non plus, et c'est cela le plus grave, à son esprit.

Elle ne correspond pas au texte de la loi car ce texte est rédigé d'une façon impérative. L'employeur « *doit* » signifier le congé par lettre recommandée et, de plus, le délai-congé prévu par la loi ne peut partir que du jour de la présentation de cette lettre recommandée au salarié. Il faudrait en déduire qu'en l'absence de lettre recommandée, le congé est inopérant. Juridiquement, il n'est pas parvenu à la connaissance de la partie intéressée et, de ce fait, le délai-congé ne peut pas courir. Le point de départ du délai-congé devrait être repoussé jusqu'à l'accomplissement de la formalité légale : en attendant, le contrat de travail continuerait à courir jusqu'au moment où l'employeur refuserait l'accès des lieux de travail au salarié. Auquel cas il s'agirait d'une brusque rupture et l'employeur serait contraint de payer l'indemnité, le salarié n'ayant pu exécuter son préavis (20).

Si la solution retenue par la jurisprudence ne correspond manifestement pas au texte de la loi, elle ne correspond pas non plus à son esprit, car cette solution est le plus sûr moyen de revenir aux contestations que la loi voulait éviter. Si on admet la validité du congédiement verbal, le salarié est toujours exposé aux ruptures inopinées et irréfléchies, et de plus, les difficultés d'analyse vont subsister, notamment sur le point de savoir qui est responsable de la rupture.

Cette solution jurisprudentielle, confirmée par de nombreux arrêts (21), est donc regrettable et montre une fois de plus l'inadaptation chronique de la jurisprudence aux solutions légales qui s'écartent par trop des principes classiques du droit civil. Finalement, la loi du 19 février 1958, si elle inflige un démenti certain à la notion aujourd'hui dépassée en droit du travail, de réciprocité contractuelle (22) en enfermant le licenciement dans un cadre rigide et en laissant la démission du salarié en dehors de son domaine d'application, voit sa portée restreinte par l'application qu'en fait la jurisprudence.

Ainsi, grâce à l'existence de règles légales ou conventionnelles de plus en plus restrictives concernant le congé, une certaine protection du contractant qui a le plus intérêt à la continuation des rapports contractuels aurait pu être assurée. Mais finalement l'application jurisprudentielle a enlevé aux garanties instituées leur efficacité. La théorie du congé devait permettre de restreindre dans une certaine mesure l'usage du droit de résiliation unilatérale, mais il ne semble pas que le but recherché ait été atteint. Aussi, l'aménagement des conditions dans lesquelles s'exerce la rupture a surtout porté sur le laps de temps compris entre la notification du congé et la fin des relations contractuelles.

(20) Soc. 6 février 1963, Bull. 1963-IV, p. 106 ; Soc. 26 novembre 1964, Bull. 1964-IV, p. 647 - J.C.P. 1964-IV-169.

(21) Voir arrêts précités du 8 juin 1963 et du 5 février 1964. Voir aussi Soc. 19 février 1964, J.C.P. 1964-IV-50.

(22) G.H. Camerlynck, in *C.E.C.A.* (1965), p. 381.

§ 2. — *L'aménagement du préavis ou délai-congé* (23).

297. — Le congé, dès l'instant où il est régulièrement notifié, a pour conséquence essentielle d'entraîner la rupture des relations contractuelles. Mais cette rupture, si elle intervient brusquement, peut entraîner pour le contractant qui la subit des conséquences graves. Aussi, l'institution d'un délai-congé est-elle traditionnelle dans notre droit (24).

298. — La définition et le fondement de l'institution sont ainsi présentés par Paul Durand : « Le délai-congé ou de préavis est un délai qui court à partir de la notification du congé et pendant lequel les relations du travail sont maintenues entre les parties. La cessation du contrat se produit seulement à l'expiration du préavis. Des raisons décisives expliquent l'institution de ce délai. La résiliation immédiate du contrat risquerait de porter préjudice à l'autre partie. Le salarié serait aussitôt privé de son emploi, il risquerait de se trouver sans ressources exposé au chômage. L'employeur serait soudainement privé de main-d'œuvre et la résiliation collective des contrats par le personnel pourrait apporter un trouble profond à la marche de l'établissement. N'étant déliées de leurs obligations qu'à l'expiration du délai de préavis, les parties disposent du temps nécessaire à la conclusion d'un nouveau contrat de travail » (25).

Cette conception paraît aujourd'hui dépassée. Principalement axé sur le caractère contractuel et civiliste de la réciprocité, Durand mettait les deux parties au contrat à égalité quant à l'utilité pour elles du délai-congé. Or cette réciprocité ne se justifie pas dans un domaine où les intérêts en cause sont loin d'être égaux. Cet auteur l'admettait d'ailleurs implicitement dans la mesure où il parle de la gravité de la situation individuelle du salarié réduit au chômage alors qu'il admet que pour causer une véritable gêne à l'employeur, il faille une décision collective des salariés. L'atténuation du caractère immédiat de la rupture par l'instauration d'une période de transition sera surtout exigée pour le salarié.

299. — Alors que traditionnellement la source du préavis devait être recherchée dans le contrat lui-même ou dans les usages, les conventions collectives et surtout le législateur ont peu à peu infléchi les principes traditionnels. Ce faisant, ils ont fait perdre au préavis ses caractères contractuel et réciproque (26). Le licenciement de contractuel est devenu « statutaire » et

(23) Cf. sur l'état du droit au moment de l'intervention de la loi du 19 juillet 1928, Ollivier, *Le délai-congé et la loi de* 1928, Thèse Aix, 1930 ; S. Magnan, *Le délai-congé*, Thèse Paris 1933.

(24) P. Durand, in *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Luxembourg, p. 210 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, p. 845 et s.

(25) P. Durand et A. Vitu, II, n° 448, p. 844 et 845.

(26) G.H. Camerlynck, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, 1965, p. 379 et s. *Adde :* G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 170, p. 299.

les règles édictées par le législateur ne s'appliquent qu'à lui. A l'inverse, la démission du salarié reste tributaire du régime antérieur. En se préoccupant essentiellement des intérêts du salarié, le législateur tente de rétablir un équilibre rompu par la théorie classique de l'autonomie de la volonté. Or, il faut bien se rendre compte que le contrat à durée déterminée reste essentiellement régi par le principe de l'autonomie de la volonté. Si celui-ci a été largement abandonné dans le contrat à durée indéterminée, c'est en fonction de la situation de faiblesse économique du salarié face à l'employeur. Pourquoi, dès lors, n'en serait-il pas de même dans le cadre du contrat à durée déterminée ? L'inégalité entre les deux contractants est tout aussi patente et il n'y a, a priori, aucune raison pour négliger ce fait alors que dans le contrat à durée indéterminée il est pris en considération. La possibilité d'extension des garanties au contrat à durée déterminée ne peut être envisagée qu'après avoir dégagé le statut juridique du délai-congé. Les problèmes posés, tant en pratique qu'en doctrine, se sont concentrés autour de deux points principaux : la durée du délai-congé et la situation des parties pendant le délai-congé.

a) *L'allongement de la durée du délai-congé.*

300. — Bien que l'institution du délai-congé soit ancienne et remonte au temps des corporations (27), le Code civil ne contenait aucune disposition relative à la matière, ses rédacteurs s'étant montrés soucieux de ne pas trop réglementer les contrats pour ne pas restreindre la liberté des parties, cette liberté étant pour eux le plus sûr garant de l'égalité et de la justice.

Mais, en matière de droit du travail, le libéralisme s'avère toujours nocif. Les employeurs, peu soucieux de conserver un certain temps encore les salariés qui ne leur convenaient plus, abrégeaient ou supprimaient même le délai de préavis. Les délais de préavis n'étant prévus que par les usages, il était loisible de les supprimer par des dispositions expresses dans la convention de travail, l'autonomie de la volonté étant alors la règle d'or qui gouvernait les rapports employeur-salarié. Si le principe était difficilement contestable lorsqu'il s'agissait d'un contrat de travail individuel, il le devenait beaucoup plus lorsque cette réduction ou suppression du délai-congé résultait de règlements d'ateliers, bien que par une fiction juridique dangereuse, leurs dispositions soient considérées comme incorporées au contrat de travail (28). Une évolution devait se produire, matérialisée par trois textes successifs : une loi du 19 juillet 1928, une loi du 19 février 1958 et tout récemment une ordonnance du 13 juillet 1967. Seuls les deux derniers sont intéressants pour notre propos.

(27) P. Durand, *opus cité*, p. 845, n° 448 ; P. Durand, in *C.E.C.A.*, 1958, p. 210.

(28) G.H. Camerlynck-G. Lyon-Caen, p. 267, n° 309.

301. — 1° La loi du 19 février 1958 (art. 23 du Livre I du Code du travail) (29), de caractère général, impose désormais dans toutes les professions un délai-congé de un mois, délai considéré comme un minimum pour la recherche d'un nouvel emploi. Cette loi, qui marque le début d'une « politique systématique de l'emploi » (30), présente deux caractéristiques principales. D'une part, elle consacre de façon éclatante l'abandon du caractère de réciprocité dans le domaine du contrat de travail et, d'autre part, elle prend en considération l'ancienneté du salarié.

La loi du 19 février 1958 a, en premier lieu, pour effet principal de consacrer l'abandon de la notion archaïque de réciprocité en matière de contrat de travail. En effet, le délai-congé légal de un mois n'est prévu qu'en cas de licenciement par l'employeur. En cas de démission, le préavis auquel est tenu le salarié continue à avoir pour source l'usage et les conventions collectives et il est souvent inférieur à ce préavis légal. Cet abandon de la réciprocité se justifie aisément. Sans aller jusqu'à nier que le départ d'un salarié puisse causer un certain trouble à l'entreprise, il reste certain que le licenciement a des conséquences beaucoup plus graves pour le salarié et la durée du préavis lui importe plus qu'à l'employeur. Le législateur français ne fait que suivre ici les pays qui ont déjà consacré cette inégalité de régime applicable à la rupture suivant qu'elle émane de l'un ou de l'autre contractant (31).

Mais, en second lieu, conformément à la tendance déjà notée dans certaines conventions collectives, la loi prend en considération un élément, étranger à la distinction des contrats fondée sur la durée, qui est l'ancienneté. Elle distingue selon que cette dernière est inférieure ou au moins égale à six mois :

— Pour les salariés ayant moins de six mois d'ancienneté, le régime de droit commun est maintenu. L'employeur et le salarié sont tenus par le préavis fixé dans la convention collective ou, à défaut, par les usages ou le contrat de travail ;

— Pour les salariés ayant six mois d'ancienneté, la loi institue un préavis minimum de un mois que l'employeur est tenu d'observer à moins que la convention collective ou les usages n'accordent déjà un préavis supérieur.

302. — Cette double innovation de la loi du 19 février 1958 est intéressante. Elle amène, en effet, à se poser la question de savoir si la finalité même du délai-congé ne se serait pas dédoublée. Que le délai-congé reste une garantie instituée en faveur des deux contractants leur permettant de rechercher éventuellement un nouveau partenaire, cela ne peut faire aucun doute. Que cette

(29) Sur cette loi voir Camerlynck, *La réforme du délai-congé*, D. 1958, chr. 57 ; J. Bauchet, *Droit Social* 1958-397 ; Ch. Lapp et J.P. Appril, J.C.P. 1958-I-1438.

(30) G.H. Camerlynck, et G. Lyon-Caen, *Précis*, p. 130, n° 148.

(31) Voir à ce propos, La stabilité de l'emploi dans les pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg, 1958 ; Rapport de synthèse P. Durand, p. 37. Pour l'exemple plus particulier du droit belge, P. Horion, *Précis du droit social belge*, Liège, 1965, p. 83.

période soit allongée en faveur du seul salarié se comprend encore dans la mesure où la situation économique des deux contractants est différente et qu'il sera plus difficile au salarié de retrouver un nouvel emploi qu'à l'employeur de rechercher un autre salarié. Mais que la durée de préavis varie en fonction de l'ancienneté, voilà qui est plus surprenant. On comprend mal pourquoi un salarié ayant plus de six mois d'ancienneté aurait plus de difficultés à se procurer un emploi que le salarié moins ancien. Le fondement de l'allongement du préavis n'est pas ici dans la ligne primitive et il semble plutôt être fonction d'une notion plus générale d'appartenance du travailleur à l'entreprise qui l'emploie. C'est cet autre fondement que l'analyse des dispositions de l'ordonnance du 13 juillet 1967 (32) nous permettra peut être de mieux dégager.

303. — 2° L'ordonnance du 13 juillet 1967 apporte une nouvelle amélioration de la durée du préavis au profit des salariés fidèles à leur entreprise ; la prise en considération de l'appartenance du travailleur à l'entreprise qui l'emploie est accentuée. Sans que rien ne soit changé au régime antérieur concernant les salariés ayant plus ou moins de six mois d'ancienneté, l'ordonnance accorde un second mois de préavis aux salariés liés par un contrat à durée indéterminée et ayant cette fois deux ans d'ancienneté. Ce second mois de préavis peut, toutefois, *à l'initiative de l'employeur,* être remplacé par une indemnité spéciale. Cette indemnité spéciale est d'un taux relativement faible puisqu'elle correspond à un vingtième de mois de salaire par année d'ancienneté. Il faut donc que le salarié ait vingt ans d'ancienneté pour que cette indemnité soit égale à un mois de salaires. Ainsi, en ce qui concerne les salariés ayant l'ancienneté requise, l'employeur dispose donc d'une option : ou bien il accorde deux mois de préavis, ou bien il offre un préavis de un mois et l'indemnité spéciale.

304. — L'employeur est laissé entièrement libre de choisir l'une quelconque des deux formules. Le principe même de ce choix choque l'esprit pénétré de sens social : « Le droit du travail contemporain à sens social unique fixe un statut minimum impératif en favorisant toute forme d'amélioration au profit du salarié. Quand il y a option, celle-ci joue naturellement au choix et au profit du salarié. L'option ainsi réservée à l'employeur ne paraît pas — psycho-sociologiquement — heureuse » (33). Et la doctrine déplore que des impératifs économiques sous-jacents aient conduit le législateur à accorder à l'employeur la possibilité d'un choix qui vient annihiler pratiquement les effets bienfaisants de l'allongement du préavis (34).

(32) Ord. 67-581 et décret 67-582 du 13 juillet 1967 - J.O. du 19 juillet 1967 - J.C.P. 1967-III-33246.

(33) G.H. Camerlynck, chronique au Droit Social, 1968, p. 163 et s.

(34) Une difficulté est apparue lorsque l'employeur omet d'exercer l'option. La jurisprudence est partagée sur le point de savoir si le salarié peut bénéficier du transfert de l'option non exercée par l'employeur. Aix 10 juillet

En réalité, le principe même du choix explique le fondement de l'allongement du préavis. Celui-ci n'a pas pour but, en réalité, d'accroître le temps nécessaire au salarié pour prendre ses dispositions. *Le préavis devient plutôt une garantie qui a sa place dans une nouvelle politique de sécurité des salariés.* Il est désormais destiné à garantir au salarié, en fonction de son ancienneté, un temps de plus en plus long pendant lequel il est assuré de recevoir de quoi subsister et faire subsister les siens en cas de perte de son emploi. C'est le caractère protecteur des intérêts du salarié qui est ainsi accentué. Le supplément de préavis accordé par le législateur au salarié doit être analysé en une garantie de sécurité qui s'accentue au fur et à mesure que l'appartenance du salarié à l'entreprise croît.

Si l'employeur peut fournir du travail et a encore besoin du salarié pendant deux mois, il choisira le premier terme de l'option. Le salarié aura ainsi deux mois devant lui pendant lesquels sa sécurité est assurée. Si l'employeur doit se séparer du salarié plus tôt, il lui offrira un mois de préavis plus l'indemnité spéciale. Celle-ci ne remplace pas le second mois de préavis, mais elle marque la mesure de la sécurité que l'employeur doit accorder au salarié en fonction de l'ancienneté de celui-ci dans son entreprise. Elle tend à marquer un juste milieu entre les intérêts du salarié et ceux de l'entreprise qui n'a plus besoin de ses services. En ce sens elle a plus un caractère d'indemnité de licenciement que celui d'un salaire (35).

305. — Cette évolution intervenue dans le cadre du contrat à durée indéterminée est intéressante à notre point de vue, car elle fait intervenir un élément particulier, l'ancienneté du salarié. Or, il nous semble que cet élément n'est pas spécifique au contrat à durée indéterminée. En effet, l'appartenance du salarié à l'entreprise n'est pas fonction de la catégorie de contrat par lequel il est lié à l'employeur, mais simplement de la fidélité dont il fait preuve. Dès lors, le fait de ne prendre en considération que l'ancienneté du salarié lié par un contrat à durée indéterminée nous paraît extrêmement contestable et établit une différence de traitement injustifiable entre les salariés suivant que la durée des relations contractuelles est ou non prédéterminée.

b) *La situation des parties pendant la période de délai-congé.*

306. — Les problèmes concernant la période de préavis s'articulent autour de deux idées principales. D'une part, la période de préavis ne change pas la nature des obligations entre les parties, c'est-à-dire que c'est le même contrat de travail qui se poursuit jusqu'à la date indiquée par le congé. Cette première idée n'est

1968, J.C.P. 1969-II-15723 et Paris 2 octobre 1968, J.C.P. 1969-II-15816, notes J. AUDINET. Elle semblerait s'orienter vers la possibilité pour le salarié de choisir l'option qui lui est la plus favorable. Aix 24 septembre 1969, J.C.P. 1969-II-16097.

(35) Voir *infra*, titre II, n° 384.

d'aucune utilité pour le problème que nous envisageons. Par contre, le délai-congé ayant été institué à l'origine pour permettre aux parties au contrat de rechercher un nouveau cocontractant, et notamment au salarié de retrouver un nouvel emploi, des obligations nouvelles se surajoutent à celles du contrat de travail initial. Il s'agira ici de l'usage concernant le temps libre accordé au salarié pour la recherche d'un nouvel emploi. La position restrictive de la jurisprudence concernant cet usage permettra peut-être de renforcer la nouvelle analyse sur la finalité réelle du préavis.

307. — Cet usage dit « des deux heures » est une dérogation au principe que les obligations découlant de l'exécution du délai-congé sont celles du contrat de travail. Il tire sa source du fondement de l'institution même du délai-congé. En effet, les usages, en règle presque générale, accordent au salarié un temps nécessaire pendant la période du préavis pour pouvoir rechercher un nouvel emploi. Si les usages prévoient deux heures quotidiennes, il peut se faire que ces heures, à la demande ou non du salarié, soient bloquées en un jour pendant la semaine. Ces heures sont considérées comme temps de travail et rémunérées (36).

Selon les auteurs, ni le contrat individuel, ni le règlement intérieur ne peuvent supprimer ou réduire cet usage, car cela conduirait à réduire la durée obligatoire du préavis, ce qui ferait perdre au délai-congé une partie de son utilité (37). Ce serait contraire, d'autre part, aux dispositions formelles de l'article 23, alinéa 3.

Toutefois, on considère que ce droit au temps libre disparaît lorsqu'en raison des circonstances il est sans utilité pour le salarié. En cas de contestation c'est à l'employeur de faire la preuve de l'inutilité, preuve qui s'avérera difficile car il n'est pas juge des démarches que le salarié estime devoir accomplir (38). En pratique, ce sont les conventions collectives qui réglementent de façon souvent précise les conditions dans lesquelles le salarié pourra bénéficier de ce temps libre. Dès lors les juges sont tenus de respecter l'accord collectif intervenu. En l'absence de clause accordant une indemnité compensatrice en cas de non-usage du temps libre, le salarié ne pourra prétendre à un quelconque dédommagement (39). De même, en cas de mise à la retraite, le salarié ne saurait demander l'indemnisation des heures libres non utilisées, celles-ci n'ayant aucune signification dans un pareil cas (40).

308. — La loi du 19 février 1958, en allongeant dans la plupart des cas le délai-congé auquel avait droit le salarié, a-t-elle eu une incidence particulière sur l'usage des « deux heures » ? Doit-

(36) G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 94 - *Contrat de travail*, n° 187, p. 330.
(37) P. Durand et A. Vitu, p. 864.
(38) Soc. 7 février 1957, Droit Social 1957-362 - Bull. 1957-IV, p. 97.
(39) Soc. 8 janvier 1959, Bull. 1959-IV, p. 29 ; Soc. 9 octobre 1959, Bull. 1959-IV, p. 774 ; Soc. 27 octobre 1959, Bull. 1959-IV, p. 852.
(40) Soc. 8 janvier 1969, Bull. 1969-V, n° 3, p. 2.

on appliquer cet usage pendant toute la durée du délai-congé légal ou doit-on conserver cet usage seulement pendant le temps du délai-congé originaire ? Cette question se révèle extrêmement importante car de sa réponse découlera la véritable finalité de l'allongement du préavis. Si l'usage est étendu à toute la durée du préavis, la finalité reste identique, le délai-congé sert à la recherche d'un nouveau contractant. Si ce n'est pas le cas, le délai supplémentaire de préavis ne trouve pas son fondement dans la même idée, et il faut alors revenir à l'analyse du préavis, garantie de sécurité supplémentaire en fonction de l'ancienneté.

Il nous semble qu'une application extensive de l'usage eût été valable. En effet, le législateur, en accordant un mois de préavis aux salariés ayant une ancienneté de six mois au moins, estimait peut-être que c'était là la mesure minimum du temps à leur accorder pour pouvoir rechercher un nouvel emploi. Dès lors, on pouvait penser que l'usage des « deux heures » dût s'appliquer à la totalité du temps de préavis.

Pourtant, la doctrine, peu après la promulgation de la loi, estimait que la réforme de 1958 n'avait pas conféré « ipso facto » le bénéfice de l'usage pendant la totalité du mois de préavis (41). Elle s'appuyait en cela sur une réponse du ministre des Affaires sociales qui, éludant le problème, avait renvoyé l'aménagement de cet usage aux conventions collectives (42).

Les juridictions inférieures étaient favorables à l'extension de l'usage à toute la durée du délai-congé. Pour certaines, l'extension découlait du silence de la loi du 19 février 1958 (43) — conception critiquable dans la mesure où l'on pouvait penser que la loi, par son silence, avait voulu renvoyer aux usages ou aux conventions collectives (44). Mais d'autres décisions portaient le problème sur le plan de l'usage lui-même en admettant qu'une corrélation nécessaire aurait été établie par l'usage entre le délai-congé et cette pratique du temps libre. Peu importe que le délai-congé varie, dans tous les cas il est assorti d'un droit d'absence quotidienne de deux heures nécessaires à la recherche d'un emploi. La question est ici placée sur le plan de la portée de l'usage et dans ce domaine les juges du fond sont dotés d'un pouvoir souverain (45).

Lorsque l'usage des « deux heures » a été repris par une convention collective, le problème est analogue, quoique plus délicat. Il faut alors rechercher la volonté des parties signataires de la convention et l'interpréter. La plupart des clauses de conventions collectives en la matière se contentent d'accorder au profit du salarié congédié deux heures quotidiennes pour rechercher un nouvel emploi « pendant la durée du délai-congé ». Cette clause peut paraître générale et l'interprétation pourrait conduire à l'extension. Mais, en réalité, les conventions collectives réglementent avec minutie cette question et, dès lors, il faut estimer

(41) G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 95.
(42) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, p. 331.
(43) C.P. Elbeuf 2 avril 1959, D. 1959, som. 75.
(44) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 187, p. 332.
(45) C.P. Bordeaux 25 juin 1958, Droit Ouvrier 1958, p. 228.

que cette pratique des « deux heures » ne peut être accordée que pour le temps de délai-congé que les parties avaient prévu au moment de la conclusion de la convention collective. On ne peut donc pas étendre cet usage des « deux heures » à la durée du délai-congé prévu par les textes légaux postérieurs si ceux-ci ne précisent pas la question.

C'est ce que décide la Cour de cassation dans un arrêt du 9 mai 1961. Elle considère que « la loi qui a porté à un mois la durée du préavis n'a pas institué à la charge de l'employeur une obligation nouvelle de paiement d'un salaire sans contrepartie de travail pendant une partie de ce délai » (46).

Il faut, toutefois, souligner que par cet arrêt, la Cour de cassation censurait une décision du Conseil des Prud'hommes de la Seine du 24 avril 1959 qui allait en réalité au-delà d'une extension de l'usage. En effet, ce jugement accordait deux heures par jour pendant tout le mois de délai-congé à des ouvriers qui, avant la loi du 19 février 1958, ne bénéficiaient d'aucun préavis et pouvaient être licenciés d'heure en heure. Il s'agissait donc plus d'une transposition de l'usage que d'une extension. Toutefois, la formule de la Cour Suprême a une portée générale qui autorise le refus de toute extension du temps libre au mois entier de préavis. En réalité, comme le souligne M. Camerlynck, « cette jurisprudence va s'éteindre faute d'aliments » (47). En effet, les conventions collectives ont été révisées de sorte à adapter cette matière à la loi.

Pourtant, le problème est toujours susceptible de se poser et, dans une circulaire concernant l'ordonnance du 13 juillet 1967 (48), le Ministre précise encore dans l'alinéa 14 qu'il faut limiter la période pendant laquelle le salarié disposera de deux heures de liberté par jour au temps prévu à cet effet par les usages et les conventions collectives. Il entérine donc purement et simplement la solution retenue par la Cour Suprême le 9 mai 1961.

309. — Cette position restrictive semble confirmer la double finalité actuelle du délai-congé que nous avons dégagée lors de l'étude de l'allongement de la durée de celui-ci.

En effet, si la solution jurisprudentielle se justifie par le recours à la théorie de l'autonomie de la volonté, il faut avouer qu'elle est singulièrement en contradiction avec la finalité originaire de l'institution. Dès lors que l'usage « des deux heures » est restreint au préavis d'origine contractuelle, le surplus de préavis accordé par le législateur ne peut plus être fondé sur la recherche d'un nouvel emploi. C'est le préavis conventionnel qui s'applique aux salariés n'ayant pas l'ancienneté requise par la loi qui marque la mesure du délai de prévenance.

On remarque donc que l'institution du délai-congé se détache

(46) Soc. 9 mai 1961, Bull. 1961-IV, p. 406 - J.C.P. 1961-II-12128, note G.H. Camerlynck.

(47) G.H. Camerlynck, note précitée.

(48) Circ. du 1er septembre 1967, TE 67/36 du 1er septembre 1967, B.O.A.S. 1967, TE 6409, J.C.P. 1967, éd. C.I., n° 82144.

sensiblement du mécanisme de la rupture dans le contrat à durée indéterminée pour s'insérer dans le cadre plus large d'une politique nouvelle de sécurité de l'emploi tenant essentiellement compte de l'ancienneté qui semble devenir aujourd'hui la notion fondamentale à prendre en considération dans la protection des intérêts du salarié. La question se pose alors de savoir pourquoi ce qui s'applique en fonction de l'ancienneté dans le contrat à durée indéterminée ne pourrait pas s'appliquer dans le contrat à durée déterminée. C'est poser à nouveau le problème de l'uniformisation des régimes de rupture, ou plutôt de la réduction de l'écart existant entre eux.

Section II. — La réduction de l'écart existant entre les régimes de rupture

310. — On peut considérer que la garantie du délai-congé ne doit s'appliquer qu'au contrat à durée indéterminée en raison du fait que le contrat à durée déterminée ne connaît pas le congé. Dès lors il paraît difficile d'éviter une différenciation importante des régimes de rupture. Mais, en pratique, celle-ci s'atténue sensiblement et un rapprochement certain peut se concevoir qui se réalisera dans un double sens.

D'une part, l'écart existant sera réduit par la possibilité qui existe dans certains cas de ne pas appliquer les garanties au contrat à durée indéterminée, ce qui conduit à une atténuation de la protection du salarié. D'autre part, le rapprochement sera accentué par une extension des garanties au contrat à durée déterminée.

§ 1. — *L'atténuation de la protection du salarié dans le contrat à durée indéterminée.*

311. — Cette atténuation découle de deux considérations totalement différentes. La première est due à la jurisprudence qui n'applique pas toujours les garanties instituées dans l'esprit social qui a présidé à leur mise en place. La seconde tient au fait que le contrat de travail met en présence deux parties ayant des intérêts opposés. Protection du salarié — liberté de l'employeur : les deux principes sont antagonistes et le régime de la rupture du contrat de travail est fortement marqué par le conflit qui les oppose. Il faut trouver un équilibre permettant aux parties d'établir des rapports fructueux sans que l'une d'elles puisse se sentir brimée. Si la protection du salarié est trop grande, l'employeur sera amené à frauder pour regagner de façon partielle une liberté que les contraintes imposées au droit de résiliation lui auront fait perdre. Dans l'opposition qui existe entre les deux principes, il faut admettre que la liberté des parties puisse parfois l'emporter sur le statut protecteur du licenciement.

a) *L'atténuation due à la jurisprudence.*

312. — Cette atténuation est essentiellement due au fait que le juge raisonne avec un esprit rompu aux techniques civilistes et ne prend pas assez en considération le caractère social et la finalité particulière des garanties instituées.

Un exemple de cette jurisprudence néfaste a déjà été relevé dans le cadre de l'étude sur le congé (49). Le fait de considérer la lettre recommandée, exigée par la loi du 19 février 1958 pour donner congé, comme une simple exigence de preuve ne résout aucun des problèmes que le législateur avait en vue lorsqu'il a décidé cette obligation pour l'employeur.

Un autre exemple, plus caractéristique encore, nous est fourni par l'affirmation du caractère préfix du préavis.

Le fondement du préavis, si l'on se place du côté du salarié, est la recherche d'un nouvel emploi. En effet, si, par la technique du délai-congé, une atténuation a été apportée au caractère immédiat de la rupture du contrat à durée indéterminée, c'est essentiellement à l'origine pour permettre au salarié congédié de retrouver un emploi. Aussi, la question s'est posée de savoir, au cas où le salarié se trouverait empêché par cas de force majeure ou pour tout autre raison, si le contrat dont l'exécution se trouve suspendue pourrait être prorogé du temps égal à celui de la suspension. La question est d'une importance considérable. Si on permet au salarié, dont le contrat est suspendu, de reporter le délai-congé restant à courir à la date de la cessation de la cause de suspension, il pourra chercher un nouvel emploi. Dans le cas contraire, comme par hypothèse, la cause de suspension ne lui permet pas de travailler, il ne pourra pas non plus procéder à la recherche d'un nouveau travail. Si le délai-congé continue à courir, le contrat se terminera sans que le salarié ait pu profiter de son temps de préavis.

313. — La jurisprudence avait ici un choix à effectuer et c'est cette dernière option qui a prévalu : le délai-congé est un délai préfix (50). En tant que tel il n'est susceptible d'aucune interruption, ni de suspension. On explique cela par le fait que l'échéance du terme ne peut être retardée. Le congé a fixé le terme du contrat de travail en cours et, selon les règles du droit commun, si un obstacle temporaire permet la suspension de l'exécution de l'obligation, il ne peut avoir pour effet de proroger un contrat au delà du terme prévu (51). La solution est rigoureuse et d'au-

(49) Voir *supra*, Section I, n° 296.

(50) Civ. 7 décembre 1909, D.P. 1910-I-65, note H. Lalou - S. 1911-I-457 ; Civ. 19 octobre 1937, D.H. 1938-23 ; T. civ. Marseille 10 octobre 1955, Droit Social 1955-803 ; Soc. 6 février 1967, Bull. 1967-IV, n° 122, p. 103 ; Soc. 14 juin 1967, J.C.P. 1967-IV-114, Bull. 1967-IV, n° 470, p. 396 ; Soc. 28 juin 1967, Bull. 1967-IV, p. 432 ; Soc. 27 mai 1968 et 12 juin 1968, Liaisons Sociales du 10 octobre 1968, n° 3415 - Bull. 1968-V, n° 253, p. 211.

(51) G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 90 - *Contrat de travail*, n° 185, p. 326 ; Durand, *opus cité*, t. II, n° 456, p. 862 ; J. Vincent, *opus cité*, p. 455.

tant plus archaïque que le fondement même de l'institution du délai-congé est totalement méconnu. Dans l'impossibilité de rechercher un emploi pendant la période fixée à cet effet, le salarié est démuni de toute protection et le but de l'institution n'est pas atteint, d'autant plus que pendant la durée de l'empêchement il ne percevra aucune indemnité, du fait qu'il ne fournit aucun travail à l'employeur. On doit rapprocher cette situation de celle qui est faite aux parties dans le contrat à durée déterminée. En effet, là aussi, les périodes de suspension du contrat n'affectent pas la date d'expiration de la convention. Il peut se produire que la suspension intervienne dans les derniers temps du contrat, mettant par là le salarié dans l'impossibilité de rechercher un nouvel emploi : le contrat, malgré cette suspension, prendra fin à la date prévue comme devant mettre un terme aux relations contractuelles. Selon les règles du droit civil un obstacle momentané, s'il suspend l'exécution du contrat, n'a pas pour effet de proroger le terme même de la convention.

La jurisprudence, fidèle aux raisonnements logiques du droit civil, a refusé d'admettre que la maladie du salarié ou un accident du travail puissent suspendre l'écoulement du délai-congé. Le congé a été donné avant que la cause de suspension n'intervienne et marque l'échéance irrévocable des relations contractuelles entre les parties. Cette solution est en contradiction totale avec le but de l'institution. C'est au moment où le salarié a le plus besoin de protection que celle-ci lui fait défaut (52).

314. — Si cette jurisprudence ne peut être attaquée sur le plan de la logique, il n'en est pas de même de celle qui considère que le congédiement opéré en cours de période de suspension est valable (53). Pour les juges, le congé n'a pas pour but de rompre le contrat mais simplement de fixer un terme à la convention, et ils en concluent qu'il peut alors être donné à tout moment. Cette solution est socialement et juridiquement indéfendable. Elle est socialement condamnable car, si on peut admettre que le congé soit donné par le salarié malade pendant la période de suspension, un tel congé laissant à l'employeur le temps de rechercher un autre contractant, il n'en est pas de même lorsque ce congé est donné par l'employeur, car le salarié pendant cette période est, par hypothèse, dans l'impossibilité de se livrer à une telle recherche. De plus, le salarié ne pouvant fournir aucun travail, il ne peut réclamer aucun salaire et il va se trouver dans l'impossibilité d'assurer d'une façon normale la subsistance des siens. C'est la finalité entière du délai-congé qui est niée.

De plus, cette solution est juridiquement indéfendable et ceci pour deux raisons. D'une part, l'analyse de la jurisprudence tend

(52) Soc. 28 octobre 1955, I.C.E. 1956-112, Paris 13 novembre 1956, I.C.E. 1957-212 ; T. civ. Seine 17 mai 1957, J.C.P. 1957-II-10163, note B.P. ; Soc. 20 février 1958, D. 1958-370 ; Soc. 25 octobre 1961, D. 1962-31, note A. Rouast, Soc. 22 mars 1962, J.C.P. 1962-II-12773 ; Soc. 6 février 1967, J.C.P. 1967-IV-42 ; Article A. Pautet ; *Les services virtuels et leur rémunération*, I.C.E. 1967-788.

(53) A. Brun et H. Galland, *Bilan de cinq années*, p. 95 ; A. Rouast, note sous Soc. 25 octobre 1961, D. 1962, p. 31.

à instaurer une confusion entre les caractères propres des deux catégories de contrats. En disant que le congé a pour but de mettre un terme au contrat, elle déclare implicitement que le fait de donner congé transforme le contrat en contrat à durée déterminée. Or, cette analyse est fausse (54). Le congé est l'acte par lequel s'exerce le droit de résiliation unilatérale, et les diverses sources du droit du travail imposent que ce congé soit donné un certain temps à l'avance. Mais le congé a bien pour but de rompre le contrat de travail et non de lui fixer un terme dans l'avenir. D'autre part et surtout, nous estimons que le droit de résiliation unilatérale ne peut pas être exercé pendant les périodes de suspension du contrat. Le droit de résiliation fait partie du contrat de travail à durée indéterminée. Il ne lui est pas extérieur et, de ce fait, il en suit le sort. Il est momentanément suspendu au même titre que les autres droits et obligations du contrat. Admettre que les contractants puissent utiliser leur droit de résiliation, c'est nier la notion même de suspension qui doit être analysée en une garantie de permanence des relations contractuelles malgré l'inexécution (55).

315. — Pour faire admettre la solution de la jurisprudence, certains auteurs soutiennent que la solution contraire ne peut être envisagée car elle pourrait comporter pour l'entreprise de graves inconvénients d'ordre économique (56). Cet argument ne nous paraît pas sérieux et encore serait-il valable que l'on pourrait se demander dans quelle mesure les impératifs économiques doivent prévaloir sur les impératifs sociaux et notamment lorsque les moyens d'existence d'un être humain sont en jeu. Cet aspect du problème n'a d'ailleurs pas échappé aux conventions collectives, qui l'ont résolu en faveur du salarié. De nombreuses dispositions dans les conventions collectives assurent au salarié dont le contrat est suspendu, et notamment pour cause de maladie, les salaires pendant le temps que dure la suspension. Elles prennent d'ailleurs également en considération les impératifs économiques dans la mesure où elles limitent en règle générale cette garantie dans le temps.

316. — La jurisprudence qui consacre le caractère préfix du délai-congé est socialement contestable. Mais, si elle persiste dans sa rigueur, la solution du problème doit venir du législateur qui a déjà, dans certains cas, senti toute l'injustice d'une telle solution.

Ainsi, l'article 26 Livre I du Code du travail exclut les périodes militaires du temps de préavis. Cette dérogation, à vrai dire particulière, devrait être plus largement comprise et étendue à tous les cas de suspension du contrat de travail. La doctrine, cons-

(54) Soc. 17 décembre 1962, J.C.P. 1963-II-13052, note critique G.H.C.

(55) Cf. sur la suspension et ce problème : R. SARRAUTE, *De la suspension dans l'exercice des contrats*, Thèse Paris, 1929, p. 55. Dans le même sens J. TREILLARD, *De la suspension des contrats*, in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, L.G.D.J., 1960, p. 87.

(56) A. ROUAST, note précitée.

tatant le caractère ancien et quelque peu dépassé de l'article 26, propose d'appliquer, en l'état actuel des choses, ses dispositions à toutes les hypothèses nouvelles de suspension à caractère militaire (57).

En cas de suspension du contrat pour cause de maternité, la loi du 30 décembre 1966 interdit à l'employeur de rompre le contrat pendant tout le temps que dure la suspension. Une telle règle devrait être étendue à tous les cas de suspension du contrat, au moins lorsque l'événement de force majeure frappe la personne du salarié.

Dès l'instant où la jurisprudence applique de façon trop stricte les principes classiques du droit civil le législateur se doit d'intervenir pour faire en sorte que la finalité de l'institution soit respectée. Il faut supprimer le caractère préfix du délai-congé. Il est certain qu'une telle règle pourrait se révéler défavorable au salarié dont le contrat est suspendu et qui voudrait donner sa démission. Mais, d'une part, le cas est très rare en pratique et, d'autre part, rien n'empêche le législateur de n'envisager, comme d'ailleurs il l'a déjà fait pour la longueur du préavis, que la situation du salarié, consacrant par là, une fois de plus, le caractère archaïque et inadapté à la matière de l'exigence de réciprocité.

Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel de la jurisprudence, le caractère préfix du délai-congé et la possibilité de donner congé pendant une période de suspension du contrat font que les conditions de la rupture sont identiques quelle que soit la catégorie de contrat dès lors qu'il est suspendu. Le contrat prend fin à la date fixée, nonobstant le fait que le salarié, étant par hypothèse dans l'impossibilité de faire face à la situation, voit ses intérêts sacrifiés. Dans le conflit qui oppose l'impératif de sécurité du salarié à l'impératif de liberté de l'employeur, c'est ce dernier qui l'emporte et cette solution n'est pas isolée dans la mesure où elle peut se répéter lorsque l'atténuation des garanties provient des parties elles-mêmes.

b) *Les atténuations dues à la volonté des parties.*

317. — Dans le conflit qui oppose les deux principes, il est parfois souhaitable que ce soit le principe de la liberté qui l'emporte. La diminution des garanties qui en résulte peut être l'œuvre de la volonté commune des parties ou de la volonté d'un seul, l'employeur. La liberté d'organisation économique et technique de l'entreprise est une des facettes du pouvoir de direction de l'employeur, pouvoir auquel il est résolument attaché. Par le recours à la théorie du pouvoir de direction il a été possible d'atténuer les garanties prévues pour lutter contre le caractère immédiat de la rupture.

1 - *Les exceptions conventionnelles au préavis.*

318. — Le mode normal de cessation du contrat à durée indéterminée est l'utilisation du droit de résiliation unilatérale avec

(57) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 185, p. 327.

les garanties qui l'entourent. Mais on peut se demander, d'une part, si les parties peuvent valablement renoncer à ces garanties nées de la rupture et, d'autre part, s'il existe des périodes dans le contrat où ces garanties ne sont pas applicables, et ceci en vertu d'une volonté exprimée par les parties.

La renonciation aux droits nés du préavis.

319. — Ce problème peut paraître beaucoup plus théorique que pratique. En effet, pour que la rupture entraîne l'octroi des garanties, il faut qu'elle ait été causée par la manifestation de volonté unilatérale d'un des contractants (58). Il est donc normal de penser que si l'une des parties demande à l'autre la cessation à l'amiable des relations contractuelles, cette dernière refusera pour pouvoir bénéficier des garanties prévues. Mais, malgré cela, il n'est pas impossible que l'une des parties, sur la demande de l'autre, renonce à se prévaloir de ses droits. Si le contrat était passé entre deux partenaires de force égale, cette renonciation ne poserait pratiquement aucun problème. Mais en droit du travail, devant la disproportion existant dans la situation économique des contractants, et surtout eu égard au lien de dépendance, de subordination juridique du salarié envers l'employeur, la renonciation va poser des problèmes différents suivant la personne de qui elle émane (59) et aussi suivant le moment où elle intervient (60). L'article 23, § 9 du Livre I du Code du travail annule toute convention qui porte atteinte aux droits nés du préavis (61) et, selon une partie de la doctrine, cet article a une portée générale et concerne aussi bien l'employeur que le salarié. « Le caractère impératif d'une règle juridique imprime un caractère d'indisponibilité aux droits qui en résultent. La renonciation est certainement impossible dans le contrat individuel de travail » (62).

320. — La doctrine récente est beaucoup moins affirmative et fait une distinction suivant que la renonciation aux droits émane de l'une ou de l'autre des parties. Devant l'abandon progressif par le droit du travail de la notion d'égalité et de réciprocité, le régime de la renonciation va différer suivant qu'elle émane de l'employeur ou du salarié. « Tout le dynamisme du système est orienté à sens social unique vers l'amélioration du sort du salarié. Dans cet esprit la renonciation de l'employeur à telle de ses prérogatives sera non seulement licite mais provoquée et encouragée » (63). Si la renonciation du salarié doit être stric-

(58) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 451, p. 851 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 177, p. 313.

(59) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 86 à 90, p. 150 à 158.

(60) G.H. Camerlynck, *opus cité*, eod. loc. ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 408, p. 779.

(61) Civ. 28 juin 1909, G.P. 1909-2-274 ; A. Brun et H. Galland, II, 278, p. 548.

(62) P. Durand et A. Vitu, t. II, eod. loc.

(63) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 86, p. 150 et 151. *Adde :*

tement réglementée, celle de l'employeur doit être largement admise. Sans négliger le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 23, il ne faut pas oublier qu'il s'agit là d'un ordre public de protection et que c'est le salarié, parce qu'il se trouve dans un état de subordination, qui doit être protégé et non l'employeur. L'état d'obéissance auquel est tenu le salarié va donner un caractère suspect à sa renonciation, caractère qui ne se retrouve pas dans celle de l'employeur.

321. — Doit-on en conclure que la renonciation du salarié au préavis est toujours interdite ? Tout dépend du moment où cette renonciation se produit, c'est-à-dire si elle est antérieure ou non à la rupture du contrat. Pour la doctrine le salarié ne peut pas renoncer à l'avance au préavis car l'article 23, § 9 du Livre I du Code du travail interdit formellement cette renonciation anticipée même si c'est une clause de la convention collective qui la prévoit (64). Mais il n'est pas interdit au salarié de renoncer après la rupture. Une fois le congé donné par une des parties, la volonté commune, exempte de vices, peut mettre fin prématurément au contrat en réduisant ou en supprimant l'exécution du délai-congé (65). La jurisprudence est depuis longtemps fixée sur ce problème et, pour la Cour de cassation, la créance étant née, il dépend du salarié d'apprécier s'il doit ou non l'exercer (66). A la suite du congé, les parties peuvent donc très bien convenir de se séparer immédiatement chacune renonçant à l'exécution des obligations de l'autre, cette renonciation pouvant être contenue dans le reçu pour solde de tout compte (67). Toutefois, prenant en considération la situation de faiblesse du salarié, le législateur est intervenu et a réglementé de façon très précise ce reçu pour solde de tout compte, permettant notamment au salarié de le dénoncer pendant les deux mois qui suivent la signature. La possibilité de renonciation de la part du salarié est donc extrêmement réduite et enfermée dans des règles strictes destinées à éviter que le salarié ne soit contraint d'accepter une réduction de ses droits.

322. — Qu'en est-il pour l'employeur ? Le problème s'est surtout posé au niveau de la convention collective. De nombreuses conventions collectives contiennent une clause selon laquelle l'employeur renonce à l'avance à réclamer au salarié l'exécution du préavis lorsque ce salarié démissionnera en vue de prendre un nouvel emploi (68). La doctrine estime qu'une telle clause est

G.H. Camerlynck : « *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement* », J.C.P. 1958-I-1425.

(64) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 477, p. 899 ; G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 89, p. 156 ; Soc. 20 octobre 1965, D. 1965-785 ; Soc. 18 mai 1967, J.C.P. 1967-IV-97.

(65) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 477, p. 901 ; Soc. 24 février 1949, J.C.P. 1949-II-4916.

(66) Civ. 4 juillet 1934, S. 1938-I-217, note E. H. Perreau.

(67) G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 289, p. 482 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, p. 901.

(68) C'est le cas notamment des convention collectives du Notariat, de

licite (69) bien qu'elle heurte de front les dispositions d'ordre public de l'article 23 § 9 du Livre I du Code du travail. A plus forte raison, on doit admettre que si cette clause figure dans le contrat individuel de travail, la renonciation de l'employeur sera valable.

Si la renonciation est normalement expresse, elle peut être tacite. Ainsi il a été jugé que l'employeur qui paie son salaire à l'ouvrier qui le quitte, sans formuler d'observation au sujet de la continuation du travail, ne peut réclamer ultérieurement l'exécution du préavis (70). De même, à l'inverse, lorsque c'est le salarié qui a demandé à son employeur de cesser l'exécution du préavis pour entrer sur le champ au service de son nouveau patron, il ne saurait prétendre à l'indemnité de délai-congé pour la durée restant à courir après la cessation de son travail (71). Le contrat est alors rompu à la date de l'accord intervenu entre les parties et non à la date où aurait dû expirer le délai-congé (72). La rupture unilatérale du contrat suivie de la renonciation par l'autre partie à se prévaloir du droit au préavis peut à la limite s'analyser en une rupture par consentement mutuel, la renonciation s'analysant en une acceptation de l'offre de rupture réalisée par le congé. A la limite on peut admettre que la rupture émane de la conjonction de la volonté des deux parties ; dès lors, les garanties ne s'appliqueraient pas, car il n'y aurait pas eu en réalité exercice du droit de résiliation unilatérale mais rupture par consentement mutuel (73). Dans ce cas, les régimes de rupture des deux catégories de contrat sont très proches. En effet, dans le contrat à durée déterminée, la rupture anticipée peut être justifiée par l'accord des parties. Dès lors qu'il y a eu consentement mutuel, il ne peut y avoir lieu à dommages-intérêts. La renonciation dans ce cas n'est assujettie à aucune forme particulière — comme dans le cas du contrat à durée indéterminée elle ne se présume pas, mais elle peut découler de faits qui manifestent sans ambiguïté la volonté de renoncer (74).

Ainsi, la renonciation va conduire à une rupture immédiate des relations de travail soit au moment où est donné le congé, soit au moment où l'accord de volonté se réalise. Dès lors, les conditions de rupture sont identiques. Il faut néanmoins relever que de telles hypothèses de rupture par consentement mutuel sont rares, ce qui réduit sensiblement la portée de la démonstration. Mais ce cas existe et il n'est pas le seul dans lequel le régime de la rupture est identique.

la convention collective cadres et ingénieurs des industries métallurgiques du Rhône du 22 février 1961 — C.C.N. de la meunerie, art. 56 — C.C.N. indusrie l'habillement, art. 21, etc.

(69) G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 90, p. 157.

(70) Soc. 25 novembre 1958, Bull. 1958-IV, n° 1237, p. 946 ; Soc. 21 mai 1963, Bull. 1963-IV, n° 423, p. 346.

(71) Soc. 19 avril 1967, Bull. 1967-IV, n° 306, p. 256 — J.C.P. 1957-IV-82.

(72) Soc. 19 avril précité ; Soc. 3 octobre 1963, Bull. 1963-IV, n° 632, p. 524.

(73) Soc. 10 mars 1965, D. 1965-374 ; Soc. 6 février 1967, J.C.P. 1967-IV-42.

(74) Soc. 2 mai 1957, Droit Social 1957-428.

L'absence de préavis en période d'essai.

323. — L'une des caractéristiques essentielles de la rupture en période d'essai est la liberté de rupture à tout moment (75). Cette règle dérive d'une construction purement jurisprudentielle. En effet, aucun texte de loi de portée générale n'a proclamé cette liberté de rupture pendant la période d'essai. Toutefois, la règle se trouve inscrite dans l'article 13 du Livre I du Code du travail à propos des deux premiers mois d'apprentissage et dans l'article 29 m du Livre I du Code du travail relatif à la situation particulière des représentants de commerce. La Cour de cassation estimant que ces salariés ne pouvaient avoir un régime plus défavorable l'ensemble des autres salariés en a déduit une application générale du principe de liberté de rupture pendant la période d'essai (76). La doctrine dans son ensemble approuve la position de la jurisprudence sans relever la différence, à notre avis essentielle, qui existe dans le fait que la durée de l'essai est limitée pour les situations particulières envisagées par la loi et qu'elle ne l'est pas pour l'essai en règle générale, ce qui peut avoir pour conséquence de conduire à des abus (77).

Nous avons avancé que cette période peut être considérée comme une période de durée limitée pendant laquelle s'exerce le droit de résiliation unilatérale à « l'état pur », c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'appliquer les garanties prévues pour la limitation de ce droit (78). On peut expliquer cela en disant que pendant cette période la volonté des parties prime la stabilité de l'emploi. La liberté importe plus aux parties que la stabilité des relations contractuelles car cette période d'essai a une finalité particulière. Elle permet à chaque contractant de se rendre compte si ces relations ont une chance d'être fructueuses. Ce n'est que lorsque cette certitude est acquise que l'impératif de stabilité va jouer. D'ailleurs, l'étude des conventions collectives qui sont à la base des aménagements apportés à cette période particulière du contrat montre que cette assurance de stabilité se renforce progressivement au fur et à mesure de l'écoulement de la période d'essai. Ainsi, si la rupture est totalement libre dans la première moitié de l'essai, elle est assortie généralement d'un préavis de plus en plus long à mesure que l'on se rapproche de l'échéance. Le silence gardé par les parties accrédite l'espoir de stabilité et la partie qui entend résilier le contrat à la fin de cette période doit « ménager les transitions » (79). Par l'instauration d'un préavis progressif on passe insensiblement de l'instabilité totale à la relative stabilité offerte par les garanties du contrat à durée

(75) G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 84, p. 147 ; H. Sinay, *Le travail à l'essai*, Droit Social 1963-157 ; voir *supra*, 1re Partie, n° 78.

(76) Soc. 5 janvier 1945, Droit Social 1946-36, note J. Carbonnier.

(77) Voir *supra*, 1re partie, notre critique à propos du renouvellement de l'essai, n° 130 et s.

(78) *Supra*, n° 92

(79) H. Sinay, *opus cité*, p. 160 ; J. Ribettes-Tilhet et J.L. Wibaut, *La période d'essai*, Droit Social 1968, p. 299 et s.

indéterminée ou même du contrat à durée déterminée. En effet, ce qui est remarquable, c'est qu'une telle période d'essai peut précéder aussi bien une période de durée indéterminée qu'une période de durée limitée. Que les parties aient envisagé ou non un terme à leurs relations contractuelles, le régime de la rupture sera identique pendant la période d'essai. Ainsi, lorsque les parties se trouvent en période d'essai, la différenciation des régimes de rupture est inexistante. D'ailleurs, lorsque la rupture a lieu en période d'essai, le juge ne se pose jamais la question de savoir si le contrat est à durée déterminée ou indéterminée.

La volonté commune des parties permet donc, dans une certaine mesure, que les garanties prévues pour atténuer le caractère immédiat de la rupture ne s'appliquent pas et, dès lors, la différence entre les deux catégories de contrat est moins importante qu'il n'y paraît. Mais l'atténuation peut se révéler encore plus importante dans la mesure où l'une des parties, l'employeur, peut de sa propre autorité « dispenser » le salarié du préavis.

2 - *La dispense unilatérale d'exécution du préavis.*

324. — Une pratique courante admet que l'employeur, et lui seul, puisse dispenser le salarié de l'exécution du préavis. La dispense de travail émane d'une décision unilatérale de l'employeur. Cette pratique se révèle différente de la rupture par consentement mutuel ou de la renonciation de l'employeur à se prévaloir de ses droits (80). La différence essentielle provient de l'absence d'accord de la part du salarié, accord qui d'ailleurs n'est absolument pas sollicité. En pratique, les conditions de cessation des relations contractuelles sont alors identiques dans les deux catégories de contrat. *Il n'y a aucune période de transition.* La cessation est immédiate dès le congé comme elle l'est à l'arrivée du terme.

325. — La doctrine justifie cette pratique par l'utilité qu'il peut y avoir pour l'employeur à ne pas maintenir les relations contractuelles pendant la période délicate du délai-congé : risque d'une diminution de la conscience professionnelle du salarié, risque aussi de troubles éventuels dans l'entreprise dus à une réaction de solidarité de la part des autres salariés (81). Cette pratique trouverait alors son fondement dans le pouvoir de direction de l'employeur. Les arguments juridiques sont nombreux et portent sur le caractère de l'obligation de préavis et sur la nature des relations de travail.

— D'une part, on fait valoir que l'obligation n'ayant qu'un seul objet, à savoir l'exécution du préavis, « l'auteur de la résil-

(80) Voir *supra*, n° 322.

(81) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 458, p. 865 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 188, p. 334. *Adde :* « La dispense de travail pendant le délai-congé », J.C.P. 1966-I-2003 ; Brun et Galland, *Bilan de cinq années*, 1962-II-283.

liation se trouve dans la situation du débiteur d'une obligation facultative et non dans celle d'une obligation alternative » (82). Par le versement d'une contrepartie pécuniaire, l'employeur se libère de l'obligation d'exécution du préavis, à la seule condition que cette somme comprenne la totalité du salaire et de ses accessoires que le salarié aurait perçus s'il avait travaillé pendant la période de préavis.

— D'autre part, on fait aussi valoir que le caractère personnel des relations justifie l'attribution d'un tel droit à l'employeur (83).

— On avance encore qu'en versant la somme représentant le salaire de la période de préavis, le but de l'institution est préservé, à savoir que le salarié verra sa subsistance assurée pendant la période de recherche d'un nouvel emploi. La dispense d'exécution du travail serait en définitive une mesure à l'avantage du salarié (84).

— Enfin, la doctrine tire un argument de la notion voisine de rupture fautive pour n'avoir pas respecté l'obligation de préavis. Dans ce cas, l'application de l'article 1142 Code civil, conduit l'employeur à n'avoir à payer que des dommages-intérêts dont le montant sera égal au salaire qu'aurait perçu le salarié si le préavis avait été observé. On ne peut alors pas reprocher à l'employeur de prévenir toute contestation en versant ce salaire de son propre chef.

Cette argumentation juridique est difficilement réfutable, mais on peut néanmoins faire qulques remarques. En premier lieu, l'argument tenant au caractère personnel des relations de travail peut difficilement être soutenu dans cette hypothèse. En effet, l'intervention de ce caractère implique une dégradation du rapport de confiance qui doit exister entre les parties. Or, par définition même, le salarié n'a pas commis de faute grave puisque le préavis lui est dû. Il devient dès lors difficile d'admettre que la confiance entre les parties puisse être altérée. En second lieu, l'argument tiré de l'article 1142 du Code civil ne vaut que dans la mesure où la jurisprudence française n'a pas admis le droit de réintégration du salarié. En réalité, cet article 1142 du Code civil ne devrait pouvoir jouer que lorsqu'il y a impossibilité d'exécution en nature. Or, il n'est pas impossible à l'employeur de faire exécuter le préavis au salarié ; tout au plus pourrait-il exister une impossibilité morale tenant au caractère personnel des relations. Or, ici ce caractère personnel n'entre pas en jeu. Enfin, si le salarié est apparemment bénéficiaire de la situation en ce sens qu'il touche une rémunération alors qu'il est dispensé de fournir la contre-prestation équivalente, il *va perdre les avantages qui sont liés à une prestation effective de travail.* De toute façon, il nous paraît grave que, pour de simples raisons d'opportunité, le salarié puisse être contraint à l'oisiveté pendant un temps plus ou moins long.

(82) P. Durand et A. Vitu, *opus cité,* eod. loc.
(83) G.H. Camerlynck, *opus cité,* eod. loc.
(84) G.H. Camerlynck, *opus cité,* eod. loc.

A notre avis, le remplacement du préavis par une contrepartie pécuniaire ne devrait pouvoir être que conventionnel ; en d'autres termes, seule l'acceptation du salarié devrait pouvoir valider une telle pratique (85). Au cas de refus du salarié, cette possibilité de rupture immédiate ne devrait être accordée qu'en cas de nécessité, la preuve de celle-ci incombant naturellement à l'employeur.

326. — La jurisprudence a reconnu très tôt le caractère licite de cette pratique (86). Il en résulte des conséquences pratiques et juridiques importantes qui risquent d'être préjudiciables au salarié.

1. Quant aux conséquences pratiques, d'une part, aux yeux des tiers la différence n'est pas nettement marquée entre le renvoi immédiat pour faute grave et la rupture immédiate des relations contractuelles avec versement de la contrepartie pécuniaire. Le caractère brusque de la rupture peut être interprété de manière erronée : en effet, devant les deux interprétations possibles, l'opinion publique penchera pour le caractère sanctionnateur de la mesure prise. Aussi, sur ce point, on ne peut que se féliciter de la position actuelle de la jurisprudence qui veille sévèrement à ce que les conditions de la rupture ne puissent pas nuire à la réputation du salarié en condamnant pour rupture abusive l'employeur qui se sépare brutalement d'un salarié dans des conditions douteuses (87). D'autre part, l'employé brusquement renvoyé risque de subir les effets psychologiquement débilitants de l'oisiveté.

2. Quant aux conséquences juridiques, elles sont directement rattachées à la durée du contrat. On pourrait imaginer que, si l'employeur licencie immédiatement le salarié en lui offrant la contrepartie pécuniaire du préavis, la rupture du contrat ne devrait être juridiquement acquise qu'à l'échéance de la période de préavis déterminée selon le cas par la loi, la convention collective ou les usages. Il en résulterait que le licenciement, qu'il soit avec ou sans préavis, hors le cas de faute grave, n'impliquerait pas une durée différente du contrat de travail. On aboutirait à la distinction entre préavis « travaillé » et préavis « non travaillé », mais cette distinction n'influerait pas sur la durée totale des relations contractuelles (88). L'avantage d'une telle solution résiderait dans le fait que le salarié qui ne bénéficierait pas du préavis, ne risquerait pas d'être privé des droits qu'il

(85) Le droit italien est dans ce sens. Le versement de l'indemnité de préavis au lieu du préavis n'est possible que si le salarié donne son approbation. Voir A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 305 ; L. Mengoni, La stabilité de l'emploi en droit italien, in *C.E.C.A.*, Luxembourg, 1958, p. 241.

(86) Civ. 19 juillet 1928, D.H. 1928-464.

(87) Soc. 18 février 1955, I.C.E. 1955-413 ; Soc. 2 mars 1960, Bull. 1960-IV, n° 237, p. 188 ; Soc. 18 novembre 1962, J.C.P. 1962-IV-162 ; Soc. 2 mai 1963, J.C.P. 1963-IV-78 ; Soc. 20 février 1963, J.C.P. 1963-IV-41 ; Soc. 6 avril 1967, Bull. 1967-IV-257 p. 211 ; Soc. 14 juin 1967, J.C.P. 1967-IV-114 - Bull. 1967-IV, n° 474, p. 399.

(88) Luigi Mengoni in *La stabilité de l'emploi dans les pays membres de la C.E.C.A.*, p. 241.

tiendrait éventuellement de la durée plus longue de son contrat de travail.

La doctrine refuse cette solution. L'employeur, lorsqu'il use du droit de rupture immédiate en versant au salarié la contrepartie pécuniaire, entend être libéré des liens contractuels qui, à son avis, ne se justifient plus (89). En fait, pour les deux parties, les relations de travail cessent au moment où est donné le congé.

Pour la jurisprudence la solution est nuancée et finalement peu cohérente. Jusqu'en 1962, la situation jurisprudentielle était conforme à l'opinion de la doctrine : le contrat est rompu au jour du congé donné par l'employeur et le salarié ne saurait se prévaloir des droits pour la période qui aurait correspondu à la durée du préavis. Ainsi, il a été jugé que le salarié ne saurait réclamer les congés payés afférents à la période du préavis qu'il n'a pas effectuée (90). La solution s'explique par les termes formels de l'article 54 g, § 1 du Livre II du Code du travail qui subordonne le droit au congé à l'exécution *d'un travail effectif*. On doit constater ici que l'initiative de l'employeur prive le salarié d'un avantage certain dont il aurait bénéficié s'il avait travaillé pendant le préavis. En fait, le salarié est sanctionné par la perte des congés payés afférents à la période du préavis. Il a été également jugé que l'accident survenu pendant cette période alors que le salarié recherchait un nouvel emploi, ne peut être considéré comme un accident de travail ou de trajet (91) et que les obligations ayant cessé à la date du congé, le temps de préavis non effectué ne peut pas entrer en ligne de compte pour le calcul de l'ancienneté du salarié (92). Il ne fait aucun doute que cette prise de position de la jurisprudence, pour logique qu'elle fût en fait, était extrêmement défavorable au salarié. Ce dernier, par le fait, de la décision unilatérale de l'employeur, perdait tous les avantages attachés au maintien du contrat pendant cette période. Ainsi, par suite d'une décision unilatérale, le salarié perdait une part des garanties attachées à la rupture avec préavis.

327. — Aussi, la jurisprudence, néanmoins consciente de l'iniquité de sa solution, l'a-t-elle nettement nuancée. Il semblerait, à la suite d'arrêts récents, que la portée de la dispense d'exécution du travail soit limitée à ce seul objet, c'est-à-dire qu'elle ne puisse entraîner de conséquences fâcheuses sur les avantages que le salarié aurait obtenus si le préavis avait été travaillé. C'est un arrêt de la section sociale du 17 décembre 1962 (93) qui marque le changement de tendance : un salarié avait été licencié le 28 no-

(89) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 458, p. 865 ; G.H. Camerlynck, *opus cité*, p. 337 ; A. Brun et H. Galland, *Bilan de cinq années*, 1962. *Contra :* C. Orliac, *Date de la fin d'un contrat à durée indéterminée*, Droit Social, 1969, p. 283.

(90) Soc. 24 juillet 1947, Droit Social 1947, p. 381 ; Soc. 10 juillet 1959, Bull. 1959-IV, n° 909, p. 725 ; Soc. 16 janvier 1963, Bull. 1963-IV, p. 50 ; Soc. 24 juin 1965, Bull. 1965-IV, p. 410.

(91) Soc. 3 novembre 1960, Droit Social 1961-570, note A.B.

(92) Soc. 10 avril 1962, Bull. 1962-IV, p. 293.

(93) Soc. 17 décembre 1962, J.C.P. 1963-II-13052, note G.H.C.

vembre 1958 avec préavis d'un mois. Son contrat aurait dû prendre fin le 31 décembre 1958 si le préavis avait été exécuté. L'employeur ayant dispensé le salarié d'effectuer le préavis, refusait de lui verser une prime de fin d'année car celle-ci était subordonnée à la condition indispensable d'être présent dans l'entreprise au moment du versement. Le paiement de cette prime ayant été effectué le 18 décembre, le salarié licencié ne faisait plus physiquement partie de l'entreprise si l'on considère le contrat rompu au jour du congé. La Cour de cassation, suivant en cela les juges du fond, après avoir remarqué que l'inexécution du préavis découlait de la seule volonté de l'employeur, déclare que le congé n'avait eu pour effet que de transformer le contrat à durée indéterminée en contrat à durée déterminée prenant fin le 31 décembre et que dès lors on devait considérer, pour l'attribution de la prime, que le salarié remplissait la condition de présence dans l'entreprise au jour de la mise en paiement. Sans s'arrêter au caractère contestable de l'argumentation, il faut relever que la Cour de cassation affirme que le contrat de travail subsiste jusqu'au terme du délai-congé.

Cette solution devait être reprise dans un arrêt du 6 novembre 1964 (94). Les faits étaient analogues, mais les conditions d'attribution de la prime étaient fixées par la convention collective. Or la Cour de cassation relève « que le salarié faisait encore partie du personnel *au sens de la convention collective...* ». Ici la Cour de cassation n'affirme plus que le contrat subsiste pendant la période du délai-congé non effectué et on aurait pu penser que l'optique jurisprudentielle n'avait pas changé. Mais un autre arrêt de la section sociale rendu le jour précédent montre qu'il s'agit d'un véritable revirement de la jurisprudence (95). En effet, l'espèce était analogue à celle rendue le 10 avril 1962 à propos du calcul de l'ancienneté pour l'attribution de l'indemnité de licenciement (96). Alors qu'auparavant le temps de préavis non exécuté ne pouvait pas être pris en considération pour le calcul de l'indemnité de licenciement, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir décidé le contraire. Elle admet que « la lettre de licenciement n'avait pas rompu immédiatement le contrat de travail et qu'elle avait eu simplement pour effet d'en fixer le terme ». Cette prise de position est nette et toujours aussi contestable sur le plan de la logique juridique, mais l'arrêt précise toutefois : « ... que pendant tout le délai-congé le salarié a droit à tous les bénéfices attachés à son contrat... que le temps de services (du salarié) *doit être réputé* n'avoir pris fin qu'à l'expiration de son préavis ». La tournure de cette dernière phrase tempère l'affirmation de l'existence du contrat de travail pendant le préavis non exécuté. Le salarié ne fait plus partie de l'entreprise, mais on doit le considérer comme ayant été présent jusqu'au terme du délai-congé. La fiction juridique conduit en quel-

(94) Soc. 6 novembre 1964, J.C.P. 1966-II-14679.

(95) Soc. 5 novembre 1964, J.C.P. 1966-II-14679. Dans le même sens Soc. 26 novembre 1969, J.C.P. 1970-IV-6.

(96) Soc. 10 avril 1962, précité.

que sorte à une présence virtuelle. La doctrine critique cette fiction juridique et fait ressortir son caractère artificiel (97). Pour les auteurs, la solution de la jurisprudence ne correspond pas à l'intention des parties ni à la situation de fait. « L'employeur entend apporter aux rapports contractuels une cessation immédiate, contrepartie du prix qu'il acquitte ». Si cette affirmation est vraie, il n'en est pas moins vrai que le salarié ne saurait se voir imposer une situation qui nuit gravement à ses intérêts. Aussi, pour concilier les deux points de vue, on peut estimer que la jurisprudence ne doit pas tirer plus de conséquences qu'il n'est nécessaire de la fiction à laquelle elle se rallie. Face à l'opposition qui existe entre le pouvoir de direction, d'une part, et les intérêts légitimes du salarié, d'autre part, la solution se trouve dans un compromis. Mais, si la section sociale de la Cour de cassation l'admet pour le salarié simple, il semble que la chambre civile ait choisi délibérément de protéger à outrance les délégués du personnel.

En ce qui concerne la dispense d'exécution du préavis du salarié simple, la chambre sociale nuance sa prise de position. Dans un arrêt du 17 mars 1965 (98), elle se garde bien de se prononcer sur l'existence du contrat après le congé donné avec dispense de préavis. Elle déclare : « La dispense par l'employeur d'exécution du préavis pendant le délai-congé n'entraîne jusqu'à l'expiration de ce délai aucune diminution des salaires et autres avantages que le salarié aurait reçus s'il avait accompli son travail ». Autrement dit, si l'employeur peut de sa propre initiative écourter le contrat de travail en dispensant le salarié de l'exécution du préavis, il ne saurait en découler un désavantage pécuniaire à l'égard du salarié. Cette nouvelle solution fait l'objet de l'assentiment de la doctrine (99). D'ailleurs, cette justification est suffisante. Pour pouvoir admettre que l'employeur puisse, de son propre chef, écourter le contrat de travail, il faut que le salarié n'en pâtisse pas et qu'il bénéficie de tous les avantages auxquels il aurait eu droit si le préavis avait été exécuté (100).

328. — Mais la question a rebondi récemment à propos des représentants du personnel. Ainsi, si on considère que le contrat est rompu au jour du congé, le salarié perd tout droit à être électeur ou candidat si les élections se déroulent pendant la période de préavis qu'il aurait dû effectuer. Au contraire, si on considère que le contrat subsiste jusqu'au terme du délai-congé, le salarié pourra être électeur ou élu. La Chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée récemment à deux reprises sur ce problème (101). Elle déclare : « Le fait pour l'employeur de dis-

(97) G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 189, p. 337.

(98) Soc. 17 mars 1965, D. 1966, som. 64 - J.C.P. 1966-II-14679 ; dans le même sens Soc. 6 juillet 1966, Bull. 1966-IV, p. 571.

(99) G.H. Camerlynck, *opus cité*, p. 339 ; Soc. 6 février 1967, J.C.P. 1967-IV-42 - D. 1967, som. 88.

(100) Soc. 18 mai 1967, J.C.P. 1967-IV-97.

(101) Civ. 2° S. 25 février 1966, Bull. 1966-II, n° 273 et Civ. 2° S. 29 mars 1966, Bull. 1966-II, n° 434, p. 309.

penser un salarié de continuer à exécuter le contrat de travail pendant le délai-congé, n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle le contrat prend fin. Dès lors, est légalement justifiée la décision qui, pour refuser d'annuler l'élection d'un délégué du personnel, constate que l'intéressé, congédié par lettre recommandée, avait droit à un préavis d'un mois venant à expiration postérieurement à la date de l'élection litigieuse et énonce qu'à cette date il continuait à faire partie de l'entreprise et pouvait être candidat ».

La Chambre civile, 2e section, reprend donc avec force l'idée avancée par la section sociale les 17 décembre 1962 et 5 et 6 novembre 1964 selon laquelle le contrat subsiste jusqu'au terme du délai-congé. Cette solution, qui pousse à l'extrême les conséquences de la fiction juridique, doit, dans ce cas, encourir des critiques particulières. D'une part, il faut relever que le préavis n'a pas pour but de permettre à un salarié de se porter candidat à l'élection des représentants du personnel ou de lui permettre de prolonger son mandat. Le but essentiel du préavis est de lui permettre de retrouver un nouvel emploi. D'autre part, l'utilité de la solution pour le candidat élu est nulle. La date d'expiration du contrat de travail ayant été fixée avant les élections, le contrat prendra fin inexorablement et les mesures de protection particulières ne peuvent pas s'appliquer dans ce cas. Il ne pourrait en être autrement que si l'employeur avait rompu le contrat de travail parce qu'il savait que le salarié était candidat à ces élections. Mais, dans un tel cas, le salarié est protégé dès le moment où il est candidat et le problème ne se pose plus dans les mêmes termes.

329. — A partir du moment où l'on accorde à l'employeur le droit unilatéral de dispense du préavis, il faut en conclure que le contrat de travail cesse dès la notification du congé si celui-ci est assorti de cette dispense. Face à l'arbitraire du chef d'entreprise, la jurisprudence doit aménager cette rupture en décidant que le salarié ne saurait subir une diminution des avantages qu'il aurait perçus s'il avait effectivement exécuté le préavis. Mais décider que le contrat ne prend fin qu'à la date où le préavis aurait dû se terminer est en contradiction avec la situation de fait. On peut critiquer le principe même du droit unilatéral de dispense du préavis, mais on ne peut en déduire que le contrat survit après le congé. La dispense unilatérale de préavis conduit donc en fait à rendre la rupture tout aussi immédiate que s'il n'y avait pas de préavis. Toutefois, il faut admettre qu'avec la nouvelle jurisprudence, *les garanties pécuniaires assurant la subsistance du salarié sont entièrement conservées*. La situation du salarié sur ce point est pratiquement équivalente à celle qu'il aurait eue s'il avait travaillé pendant le préavis. Cependant, il semble que la jurisprudence que nous avons évoquée, refusant les congés payés et celle refusant d'accorder le caractère d'accident du travail, soit toujours applicable et ne soit pas susceptible

d'évolution (102). Ne serait-ce qu'eu égard à ces conséquences nous pensons que cette dispense de préavis est néfaste au salarié et qu'elle conduit à une diminution des garanties. Dans les faits, elle se traduit par une rupture tout aussi immédiate qu'en cas de cessation du contrat à durée déterminée au terme prévu.

La différenciation entre les régimes de rupture suivant que la durée du contrat est ou non limitée est donc relativement atténuée par la possibilité que les parties ont dans certains cas de réduire ou même de supprimer les garanties destinées à lutter contre le caractère immédiat de la rupture du contrat à durée indéterminée.

330. — La justification de l'atténuation des garanties peut paraître différente dans tous les cas où nous l'avons relevée. Ainsi, le caractère préfix du préavis semble être justifié par une application rigoureuse des principes civilistes, l'absence de préavis en période d'essai par la volonté des parties qui tendent à faire prévaloir leur liberté sur la sécurité de leurs relations contractuelles, enfin la dispense unilatérale de préavis par des raisons d'opportunité. En réalité, toutes ces justifications peuvent se rejoindre en une seule. Dans tous ces cas, c'est la prise en considération des intérêts de l'employeur qui prend le pas sur la protection des intérêts du salarié. Mais, ce qui est important sur le plan de notre étude, c'est que les conditions de la cessation du rapport contractuel sont analogues dans les deux catégories de contrat. Que le contrat soit à durée déterminée ou non lorsque l'intérêt de l'entreprise prévaut sur les intérêts du salarié, la rupture a lieu immédiatement, sans période de transition permettant aux salariés de faire face à la nouvelle situation qui se présente. Le rapprochement qui se produit, en fait, dans la condition même du salarié est incontestable. Ne pourrait-on, dès lors, admettre qu'un rapprochement d'ordre plus positif puisse être réalisé, notamment en octroyant quelques garanties pour aménager la cessation des relations contractuelles dans le contrat à durée déterminée ?

§ 2. — *L'octroi de garanties aménageant la cessation du contrat à durée déterminée.*

331. — En principe, le contrat à durée déterminée implique une cessation des relations contractuelles sans préavis (103). En effet, les parties qui s'étaient liées pour un temps déterminé n'ont nul besoin de se donner congé pour cesser les relations. L'arrivée du terme prévu met fin au contrat et, averties à l'avance du moment exact auquel doit cesser le contrat, les parties ont toute latitude pour prendre leurs dispositions. Il n'y a normalement pas lieu d'aménager spécialement la fin des relations contractuelles pour faire en sorte que les parties ne soient pas surprises.

(102) Soc. 12 juin 1968, Bull. 1968-V, n° 291, p. 239.
(103) Soc. 13 février 1963, J.C.P. 1963-II-13813, note P. Bizière.

Ce raisonnement est certes valable lorsque le contrat qui lie les parties est un contrat temporaire par nature, c'est-à-dire un contrat dans lequel les parties sont conscientes que les relations prendront fin obligatoirement lors de l'arrivée du terme (104). Il n'y a alors aucune indétermination. Mais lorsque ni la tâche à accomplir, ni l'intérêt des parties n'imposent le caractère temporaire, l'indétermination subsiste. Il y a alors une part d'insécurité qui est pratiquement impossible à combattre dans la mesure où la durée de la convention fait encore partie du domaine réservé exclusivement aux parties (105). En effet, du moment que l'on admet la possibilité de se lier par des engagements temporaires, il faut admettre que, conformément à leur définition, ils soient limités dans le temps et donc susceptibles de cesser après un laps de temps relativement court. La sécurité ne pourra être obtenue que par l'établissement dans le contrat d'une longue durée et le seul remède à l'instabilité réside dans l'exigence d'une durée minima. Il faudrait donc une intervention du législateur dans ce sens. Mais il est significatif de constater que le législateur est resté muet sur cette question et que les conventions collectives, sauf dans les professions où il est d'usage que le contrat soit temporaire, laissent toute liberté aux contractants qui ont choisi cette forme de contrat (106).

Le seul point sur lequel peuvent porter les efforts est celui ayant trait aux conditions dans lesquelles se produit la cessation du rapport contractuel. Il s'agit, dès lors, d'aménager les conditions dans lesquelles la rupture intervient. Mais, hormis cette question de pure technique juridique, ne peut-on pas voir plus loin encore ? En effet, nous avons pu constater que l'évolution dans le contrat à durée indéterminée conduit à une prise en considération de l'appartenance du salarié à l'entreprise et, dès lors, on peut envisager le problème sous l'angle beaucoup plus large d'une politique de sécurité de l'emploi qui ne ferait alors plus aucune référence à la distinction des contrats fondée sur la durée.

332. — Lorsque le contrat à durée déterminée n'est pas un contrat temporaire par nature, l'arrivée du terme qui met en principe fin au contrat est tout aussi regrettable que ne l'était l'exercice du droit de résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée à l'origine. En effet, le salarié peut toujours compter sur la continuation des relations puisque aucune raison autre que la volonté de l'employeur n'empêche cette continuation. Si la cessation a effectivement lieu, « le vide juridique remplace brusquement les relations d'obligation qui existaient entre les parties » (107). Il faut éviter ce vide et on peut, à cet effet, faire porter les efforts sur plusieurs points :

(104) Soc. 19 mars 1969, J.C.P. 1969-IV-116.
(105) P. Durand et A. Vitu, II, n° 168, p. 302.
(106) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 265, p. 444.
(107) J.M. Bischoff, in « *La tendance à la stabilité du rapport contractuel* », L.G.D.J., 1960, p. 128.

— D'une part, on peut avoir recours à la reconduction du contrat ;

— D'autre part, on peut assortir le contrat temporaire de l'obligation pour les parties de confirmer le terme afin d'exprimer clairement leur volonté de voir les rapports contractuels cesser ;

— Enfin, on peut envisager, au même titre que pour le contrat à durée indéterminée, de prendre en considération l'appartenance du travailleur à l'entreprise.

a) *La possibilité de reconduction.*

333. — Les engagements temporaires cessent normalement de plein droit sans qu'une déclaration de volonté ou un acte juridique particulier aient à intervenir. Les parties qui désirent éviter la rupture n'ont qu'un moyen : prévoir en temps utile, c'est-à-dire avant l'échéance, que les relations contractuelles se poursuivront, seront reconduites. Cette reconduction peut faire l'objet d'une clause expresse dans la convention initiale, mais il se peut aussi qu'une telle clause n'existe pas. En effet, si, par hypothèse, les contractants ont opté pour le contrat à durée déterminée, c'est qu'ils entendaient mettre leur liberté d'action au-dessus de l'impératif de stabilité. Et c'est souvent en cours de contrat, lorsque les parties ont appris à se connaître, qu'elles éprouvent alors le besoin de poursuivre les relations contractuelles au-delà du terme qu'elles s'étaient fixées. Ce besoin peut être satisfait de deux façons : soit par la conclusion d'un nouveau contrat, soit par l'insertion en cours de contrat d'une clause de reconduction. Mais ces deux opérations obligent les parties à agir. Or la plupart du temps, l'inertie propre aux contractants, la négligence, font que le contrat arrive à terme sans que les parties aient fait le nécessaire pour assurer une suite à leurs relations. Le temps s'est écoulé, le terme du contrat est arrivé et pourtant les parties ne sont pas décidées à rompre les relations fructueuses qu'elles ont établies. Les parties, dès lors, peuvent opter facilement pour la continuation du rapport contractuel et, dans la majorité des cas, tout se passe comme si le contrat primitif n'avait pas pris fin. Or les conséquences de la continuation de l'exécution des obligations peuvent être différentes suivant que cette poursuite des relations avait été ou non prévue dans la convention initiale (108).

334. — Dans le cas de la prolongation de fait, le contrat, normalement arrivé à terme, va se poursuivre dans la mesure où les parties continuent chacune à fournir leurs prestations. Au terme d'une évolution remarquable, la jurisprudence a déclaré que, du moment qu'elles ont continué les relations de travail, après l'arrivée du terme, les parties sont désormais liées par un contrat à durée indéterminée (109). Cette conclusion est logique puisque

(108) *Supra*, 1re partie, ch. 2, section 2, n° 98 et s.
(109) *Supra*, 1re partie, chapitre II, n° 118.

les parties n'ont pas respecté la clause qui limitait la durée de leurs relations.

Dans le cas où les parties ont expressément prévu la reconduction de leur convention, la question se pose de savoir pourquoi elles ont envisagé des limitations successives. En réalité, les parties n'ont aucunement eu l'intention de se lier de façon temporaire. Il s'agit d'un engagement à durée indéterminée aménagé de façon à limiter l'exercice du droit de résiliation unilatérale à certaines périodes bien précises correspondant à ce que l'on analyse généralement comme des échéances successives (109). Dans cette optique, il s'agit de contrats comportant des garanties de sécurité importantes puisque, s'agissant de véritables contrats à durée indéterminée, toutes les garanties sont applicables et, de plus, l'exercice du droit de résiliation unilatérale est conventionnellement limité.

La reconduction du contrat conduit donc logiquement à l'application des garanties prévues pour le contrat à durée indéterminée. La jurisprudence s'est engagée sur cette voie et tend à appliquer les conséquences logiques de la situation réelle dans laquelle se trouvent les parties (110). La reconduction oblige la partie qui veut cesser les relations contractuelles à accomplir un acte positif : cet acte de renonciation à la poursuite du rapport contractuel est alors analysé en une manifestation unilatérale de volonté. Cet acte n'a même pas besoin d'être exprès. Il suffit que, par son comportement, l'un des contractants manifeste sa volonté de cesser les relations.

La reconduction doit conduire à faire appliquer les garanties du contrat à durée indéterminée au contrat à durée déterminée renouvelable. Elle était une tentative de « camoufler » le contrat à durée indéterminée en une succession de contrats à première vue temporaires. Après des hésitations compréhensibles, la jurisprudence rétablit peu à peu la réalité et retourne la situation au profit du salarié.

335. — Mais le danger persiste lorsque l'employeur, au lieu d'utiliser la reconduction, prend soin à chaque fois de conclure un nouveau contrat à chaque échéance. Dans ce cas, la jurisprudence, tenue par l'obligation de respecter la volonté claire et précise des parties, ne peut pas aller au-delà et déclarer que la succession des contrats conduit à l'application des règles du contrat à durée indéterminée. Aussi écarte-t-elle soit l'abus de droit, soit l'exigence du délai-congé (111). Or une telle situation ne correspond qu'en apparence à la volonté commune des parties. Peut-on admettre logiquement que les salariés, délibérément, renoncent aux garanties prévues dans le cadre du contrat à durée indéterminée alors qu'ils n'ont aucun intérêt à être liés par des

(110) Soc. 13 décembre 1967, Bull. 1967-IV, n° 784, p. 666 - J.C.P. 1968-II-15440, note G.H. Camerlynck. *Application du délai-congé légal en cas de non-reconduction du contrat à durée déterminée.*

(111) Soc. 6 juillet 1956, Bull. 1956-IV, n° 436, p. 377 ; Soc. 22 juin 1961, Bull. 1961-IV, n° 683, p. 542.

contrats temporaires successifs. En réalité, il s'agit ici d'une manœuvre de l'employeur pour éviter les charges imposées par le législateur au contrat à durée indéterminée. La jurisprudence a parfois conscience du problème et il a déjà été jugé que de tels contrats qui s'enchaînent avec continuité constituent en réalité « un ensemble à durée indéterminée » (112). Une partie de la doctrine considère que cette solution est hardie et que ne pouvant s'expliquer par le recours au droit contractuel civiliste, elle manifeste l'existence du lien d'entreprise (113). En réalité, les juges ont estimé que le choix du contrat ne correspondait pas à la volonté des parties et comme ils en ont le droit, ils ont redressé une qualification qui leur paraissait inexacte. Mais le danger est grand que l'interprétation civiliste, rigoureuse, ne subsiste. Dans ce cas, il faut limiter l'exclusion des règles du contrat à durée indéterminée aux seuls contrats temporaires par nature, et étendre à tous les autres les règles protectrices et notamment l'obligation de donner congé, ou plutôt de confirmer, peu de temps avant l'échéance, la réalité du terme.

b) *L'introduction du congé dans le contrat à durée déterminée.*

336. — En règle générale, lors de l'arrivée du terme du contrat à durée déterminée, il n'y a normalement aucune obligation de donner congé. Cette situation va se révéler fâcheuse pour la partie qui espérait néanmoins une possibilité de continuation des relations contractuelles malgré l'arrivée du terme. En théorie, une telle incertitude ne devrait pas exister car le terme marque de façon normale la fin du rapport contractuel ; mais en pratique, les parties, et le salarié notamment, peuvent aspirer à la poursuite de ces relations. Il serait souhaitable, dès lors, d'imposer aux contractants l'obligation de faire connaître à l'avance leur volonté au sujet de la cessation effective des relations.

On peut douter de l'utilité d'une telle procédure lorsque le contrat est un contrat temporaire par nature, c'est-à-dire lorsqu'il n'a aucune chance d'être renouvelé. Ce sera le cas, par exemple, des contrats conclus pour « une entreprise déterminée » (114) ou pour le remplacement d'un salarié temporairement absent. Dans ce cas, il n'est point besoin de congé car le caractère même du contrat n'implique pas la poursuite des relations contractuelles. Mais, dans la grande majorité des cas, l'employeur a limité la durée des relations pour éviter d'être astreint à des charges qu'il estime trop lourdes dans le cadre du contrat à durée indéterminée. Dans ce cas, le contrat temporaire n'implique pas automatiquement dans l'esprit des parties une cessation du rapport contractuel lors de l'arrivée du terme.

337. — De ce fait, une partie de la doctrine s'est demandée s'il ne serait pas souhaitable d'imposer aux parties de faire connaître

(112) Soc. 23 octobre 1963, Bull. 1963-IV, n° 709, p. 588.
(113) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 280.
(114) *Supra*, 1re partie, n° 31 et s.

leur volonté quelque temps à l'avance, faute de quoi le contrat serait automatiquement considéré comme prorogé (115). Un tel congé ne serait pas inutile, son objet consistant à éviter la continuation du contrat, en quelque sorte à confirmer la réalité du terme. On peut relever d'ailleurs des cas où l'employeur, sans y être tenu ni par le contrat de travail, ni par la convention collective, dénonce le contrat quelque temps avant l'arrivée du terme à seule fin d'avertir le salarié qu'il n'y aura pas reconduction (116). Cette obligation de congé aura donc pour conséquence d'obliger un des contractants à agir alors que normalement la simple abstention suffit pour entraîner la cessation du lien contractuel. Le terme prévu dès l'origine n'aura d'effet que s'il est confirmé par une disposition expresse et en l'absence de celle-ci le contrat sera prorogé (117). On peut donc imaginer d'étendre la règle du congé et du délai-congé au contrat à durée déterminée. En droit du travail, cette intervention du législateur se fait attendre alors que dans d'autres domaines, la loi impose un congé valable et délivré en temps utile si le contractant veut échapper à la poursuite des relations contractuelles.

338. — Ainsi, dans le domaine du louage de choses, l'institution du congé a été étendue au contrat à durée déterminée. En la matière seul un congé valable et délivré en temps utile permet d'éviter la reconduction du contrat.

C'est le cas pour *les baux commerciaux* en vertu de l'article 5, alinéas 1 et 2 du décret du 30 septembre 1953. « Par dérogation aux articles 1736 et 1737 du Code civil, les baux de locaux... ne cessent que par l'effet d'un congé donné suivant les usages locaux et au moins six mois à l'avance. A défaut de congé, le bail fait par écrit se poursuit par tacite reconduction au-delà du terme fixé par le contrat conformément à l'article 1736 du Code civil... » (118).

Des dispositions analogues s'inscrivent dans les articles 838 et 839 du Code rural. Selon l'article 838, « le propriétaire qui entend s'opposer au renouvellement doit notifier congé au preneur dix-huit mois au moins avant l'expiration du bail ; ce congé peut être valablement donné par lettre recommandée avec accusé de réception ; il doit mentionner les motifs allégués par le propriétaire. A défaut de congé, il s'opère un nouveau bail dont la durée est de neuf ans » (120).

Quant à l'article 839, relatif aux héritages ruraux, faits sans écrit, il prévoit un congé donné au moins six mois à l'avance et, à défaut, il s'opère un nouveau bail.

Les dispositions ainsi prévues sont applicables dans la mesure

(115) P. DURAND et A. VITU, t. II, n° 444 *in fine*, p. 838 ; J. VINCENT, *opus cité*, p. 519 et 520. J. AZEMA *opus cité*, p. 218.

(116) Soc. 3 décembre 1955, Droit Social 1956, p. 90.

(117) Soc. 10 juin 1965, Bull. 1965-IV, n° 441, p. 366 - Droit social 1965, p. 560.

(118) R. RODIERE et R. HOUIN, *Droit commercial*, Précis Dalloz, éd. 1968, n° 263, p. 230. J. AZEMA, *opus cité* n° 295 p. 222.

(120) Sur ce point voir J. AZEMA, *opus cité*, p. 222.

où il n'existe aucune incertitude sur le sort du contrat. Les parties sont clairement avisées qu'elles ne doivent s'attendre à aucune continuation et ainsi elles peuvent prendre toutes dispositions utiles pour l'avenir.

En matière d'engagement maritime, l'article 10 du Code du travail maritime impose aux parties un préavis qui ne peut être inférieur à 24 heures, même lorsque l'engagement est fait à temps. Il faut noter, toutefois, que le contrat à durée déterminée est très peu utilisé dans la pratique (119). Mais, dans le cas particulier des contrats de grande pêche, qui sont des contrats au voyage conclus pour la durée d'une campagne, figure généralement une clause de résiliation avec préavis de 45 jours.

Ces exemples d'intervention législative dans des domaines divers nous permettent d'affirmer que le congé n'est pas étranger, de par sa nature, au contrat à durée déterminée et que le législateur serait bien inspiré de réglementer en ce sens le contrat de travail à durée déterminée.

339. — A l'heure actuelle, l'obligation de donner congé ne peut être recherchée que dans les accords intervenus entre les parties. Seuls le contrat de travail ou la convention collective peuvent prévoir la nécessité d'un congé donné à temps pour la cessation des engagements temporaires.

Ainsi, dans les industries saisonnières, les conventions collectives prévoient des dispositions tendant à réglementer le renouvellement du contrat qui reste à durée déterminée (121). Un délai de prévenance y est souvent institué, nécessaire si une des parties veut éviter que le contrat ne soit renouvelé pour la saison suivante. Les parties ainsi ne sont pas tenues de repasser un nouveau contrat à chaque saison. Elles sont dès lors liées pour une durée totale indéterminée bien que la durée d'exécution du travail chaque année ne puisse être que temporaire. Le contrat qui lie les parties conserve son caractère temporaire, mais le salarié bénéficie d'un véritable délai-congé qui le met dans une situation presqu'aussi favorable que s'il était lié par un contrat à durée indéterminée.

Toutefois, ce congé n'étant pas réglementé par le législateur, le délai de prévenance est laissé à la libre appréciation des parties et peut se révéler trop court pour être d'une efficacité quelconque.

Cette obligation conventionnelle de délivrer congé est un facteur important mais insuffisant de rapprochement des régimes de rupture. Dans les deux cas, le congé assorti d'un délai fait dispa-

(119) Lepvrier, *Le contrat d'engagement maritime*, Cours de l'Ecole d'administration de l'inscription maritime de Bordeaux, polycopié, octobre 1965, titre IV, p. 4.

(121) C.C.N. du travail pour le personnel des jeux dans les casinos autorisés, art. 4 et 5 ; C.C. de la Fédération nationale des spectacles du 15 avril 1937, art. 6 § 4 de l'annexe musiciens. Toutefois, chaque contrat reste à durée déterminée. T. civ. Pont-l'Evêque 28 juillet 1950, Q.P. 1951-109 ; Soc. 3 juillet 1953, Droit Social 1953-548 ; Soc. 6 juillet 1956, Droit Social 1956-548 ; Soc. 4 juin 1957, Droit Social 1957-557 ; Soc. 15 janvier 1964, Bull. 1964-IV, n° 50, p. 40.

raître le caractère brutal de la rupture. Il impose une période intermédiaire, de transition, pendant laquelle les parties doivent pouvoir prendre leurs dispositions. Mais, dans le cas du contrat à durée déterminée, se pose le problème particulier de l'octroi par l'employeur, pendant le délai-congé conventionnel, d'heures de liberté nécessaires à la recherche d'un nouvel emploi. Pour les mêmes raisons que celles qui semblaient justifier le refus du délai-congé, on peut soutenir que ce temps libre est inutile. Sachant à l'avance le moment où le contrat doit cesser, le salarié a toute latitude pour prendre ses dispositions. Cette constatation ne résiste pas à la critique. En effet, si le salarié est employé à plein temps, il ne peut pas se livrer à la recherche d'un nouvel emploi, même s'il sait à quelle date son contrat doit se terminer.

Une partie de la doctrine estime, à juste raison d'ailleurs, qu'une modification de notre droit sur ce point serait souhaitable (122). L'usage dit « des deux heures » doit s'appliquer que le contrat soit ou non à durée déterminée. La finalité d'un tel usage étant de permettre au salarié de rechercher un nouvel emploi, on ne voit pas les raisons qui viendraient interdire l'octroi de ces heures de liberté aux salariés liés par un contrat temporaire. Sauf, toutefois, à faire remarquer qu'en ce qui concerne les contrats « saisonniers », le salarié dispose du temps hors saison pour trouver un nouvel employeur.

Les conventions qui interviennent entre les parties tendant à accorder aux salariés liés par un contrat à durée déterminée des garanties analogues à celles prévues dans le contrat à durée indéterminée, démontrent qu'hors le cas des contrats temporaires par nature, le besoin de sécurité est le même. On ne doit pas refuser, sous le couvert d'arguments techniques concernant les modalités de rupture, la protection que nécessite la condition même du salarié. Cette affirmation nous paraît d'ailleurs corroborée par l'évolution intervenue dans le cadre du contrat à durée indéterminée et qui prend en considération l'appartenance du salarié à l'entreprise qui l'emploie.

c) *La prise en considération de l'ancienneté du salarié.*

341. — Si l'on se réfère à la double finalité qui semble se dégager de l'étude du préavis dans le contrat à durée indéterminée, et notamment au caractère de garantie supplémentaire en fonction de l'ancienneté, on ne voit pas quelles sont les raisons qui empêcheraient d'étendre une telle garantie au salarié lié par un contrat à durée déterminée.

Il est certain qu'une telle garantie ne peut pas s'appliquer au contrat temporaire par nature dans la mesure où un tel contrat a souvent, en fait, une durée très courte et que le salarié lié par un tel contrat ne peut pas acquérir une ancienneté suffisante. C'est notamment le cas du contrat pour le remplacement d'un salarié malade ou gréviste. C'est aussi le cas pour la plupart des

(122) P. Durand et A. Vitu, II, n° 444, p. 838.

contrats conclus pour une « entreprise déterminée », construction d'un four à briques, présentation d'une collection de mode, réalisation d'un film, etc. Et même si la durée devait s'avérer relativement longue, le salarié n'a, dans de telles hypothèses, aucunement l'impression ni même l'intention d'appartenir à l'entreprise. Il est conscient du caractère temporaire et limité de sa collaboration. Mais il en est tout autrement du salarié qui n'a aucune raison de conclure un contrat à durée limitée et qui ne l'a fait que parce que l'employeur le lui proposait. Bien que lié par un contrat à durée déterminée ce salarié a tout autant l'impression d'appartenir à l'entreprise qui l'emploie que le salarié lié par un contrat à durée indéterminée. La notion d'appartenance à l'entreprise dans de tels cas est étrangère à la distinction des contrats fondée sur la durée, d'autant plus que le salarié adhère aux propositions de l'employeur. Il n'y a, en réalité, aucune raison valable de conclure un contrat à durée déterminée plutôt qu'un contrat à durée indéterminée. Ainsi, supposons un salarié lié par dix contrats successifs et distincts de deux ans chacun. Il appartient à la même entreprise depuis vingt ans. Un salarié lié par contrat à durée indéterminée et ayant la même ancienneté aura droit, soit à deux mois de préavis, soit à un mois plus l'indemnité spéciale qui, dans ce cas, est égale à un mois de salaires. Le salarié lié par des contrats à durée déterminée successifs mais distincts verra son contrat se terminer sans préavis et a fortiori sans indemnité spéciale. La situation, en fait, est strictement identique, alors qu'en droit elle diffère profondément.

342. — Le seul argument majeur contre l'identification des régimes de rupture, tient ici dans l'application de textes législatifs qui excluent le contrat à durée déterminée dans la mesure où ils prennent soin de préciser que leurs dispositions ne s'appliqueront qu'au contrat à durée indéterminée. Dès lors, il ne reste que deux solutions, qui ne peuvent venir que du législateur. Ou bien il réduit la possibilité de recourir aux contrats à durée déterminée en limitant expressément cette catégorie aux contrats temporaires par nature, ou bien il supprime dans les textes toute référence à la distinction des contrats fondée sur la durée.

A l'heure actuelle il existe donc une disparité certaine des régimes de la cessation du contrat suivant que la durée en est limitée ou non et celle-ci se fait surtout sentir dans le domaine de l'aménagement des conditions de la rupture. La solution du problème tient dans un changement de l'état d'esprit du législateur face à la convention à durée déterminée.

CONCLUSION DU TITRE I

343. — Sur le plan des conditions dans lesquelles s'opère la rupture, la différenciation entre les deux régimes est théoriquement importante et la distinction des contrats fondée sur la durée pouvait paraître fondamentale. Les garanties instituées, tant par les conventions collectives que par le législateur, en vue de rechercher la sécurité de l'emploi n'ont, jusqu'à présent, touché que le contrat à durée indéterminée. Cette sollicitude s'est surtout traduite par un aménagement du mécanisme même de la rupture. On n'a pas voulu porter atteinte au droit de résiliation unilatérale de l'article 23 Livre I du Code du travail, mais seulement en freiner l'exercice. Seule la rupture par manifestation de volonté unilatérale a été envisagée.

De ce fait, le contrôle de la rupture par la théorie de l'abus de droit ne semblait pouvoir être admis que pour le contrat à durée indéterminée puisque « stricto sensu » il ne peut être question de volonté de rompre dans le contrat à durée déterminée. De même, l'aménagement de la brutalité de la rupture par l'instauration d'une période transitoire avant la perte définitive de l'emploi ne saurait se concevoir que dans le cas du contrat à durée indéterminée, les parties étant longtemps à l'avance averties du moment de cessation des relations contractuelles dans le contrat temporaire. Tant que l'analyse porte sur le mécanisme de la rupture une telle conclusion est normale. Rien ne semblait devoir s'appliquer au contrat à durée déterminée, en raison de l'auréole de sécurité dont il était entouré, car il paraissait conférer la stabilité de l'emploi. Cette idée était renforcée par le fait qu'un tel contrat ne pouvait être rompu qu'en ayant recours au juge alors que dans le contrat à durée indéterminée, le juge n'intervient toujours qu'a posteriori.

344. — Mais au fur et à mesure que les garanties entourant la rupture du contrat à durée indéterminée s'accumulent, cette catégorie de contrats apporte finalement une sécurité plus grande au travailleur que le contrat à durée déterminée. Ce résultat est confirmé par la constatation de la nette tendance des employeurs à revenir au contrat temporaire alors que le recours à cette forme de contrat ne se justifie nullement. Le déséquilibre va en s'accentuant jusqu'à créer une énorme différence de régime applicable

pour les conditions d'exercice de la rupture selon que la durée du contrat est ou non prédéterminée, alors qu'en fait, la condition du salarié dans l'entreprise est la même. La recherche de la justice dans les relations individuelles de travail, si elle est systématiquement orientée en fonction d'une seule catégorie de contrats, conduit à l'injustice. L'équilibre recherché en fonction de la sécurité de l'emploi a été rompu au détriment du contrat à durée déterminée.

Aussi, par un mouvement de balancier propre au droit du travail et qui veut que les progrès réalisés dans un domaine aient vocation à s'appliquer dans un autre, les garanties acquises pour la rupture du contrat à durée indéterminée vont s'appliquer au contrat à durée déterminée dans la mesure du moins où elles se révèlent utiles. Cette extension est l'œuvre de la jurisprudence ou des parties elles-mêmes. Le juge admet ainsi l'abus de droit de ne pas renouveler le contrat et prend en considération la faute délictuelle dans la rupture anticipée du contrat. Quant aux parties, elles instituent des périodes de transition qui tendent à rendre la rupture moins brutale ; mais, dans ce domaine, leur action est limitée du fait même du caractère conventionnel des garanties. Ainsi, les garanties de sécurité de l'emploi ont vocation à s'appliquer au contrat comportant une limitation de durée dès l'instant où celle-ci n'est pas requise par la nature même du contrat. Lorsque la cessation du contrat de travail implique une manifestation de volonté unilatérale, résiliation ou non-renouvellement, elle ne doit pouvoir se produire qu'après une période de transition et elle doit être susceptible d'un contrôle judiciaire. C'est d'ailleurs le cas en Allemagne, où un contrat à durée déterminée peut être résilié prématurément en cas de motif grave, « ce qui exige toutefois une forme spéciale de congé » (123). Il n'y a que l'arrivée du terme qui ne puisse donner lieu à aucune de ces garanties, étant entendu que seuls les contrats temporaires par nature peuvent cesser par arrivée du terme. Pour les autres contrats, l'impératif de sécurité de l'emploi est identique et la distinction ne doit pas conduire à une différenciation de régime telle qu'elle désavantage une catégorie par rapport à l'autre.

345. — Cet impératif de protection des intérêts du salarié entre toutefois en concurrence avec celui de la protection des intérêts de l'entreprise, qui doit parfois l'emporter sur le premier. Cette exigence est, nous l'avons relevé, nettement marquée en période d'essai ou en matière de rupture immédiate des relations de travail avec contrôle judiciaire a posteriori. Quel que soit le jugement de valeur que l'on puisse porter sur ces pratiques, il n'en reste pas moins que le point important pour notre étude est le régime commun qu'elles instituent. La distinction ne présente plus d'importance quant aux conditions de la rupture lorsque cet impératif prévaut. Pourquoi, dès lors, admettre une différence lorsque l'impératif de sécurité de l'emploi s'impose ?

(123) G. Boldt, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, p. 288, n° 80.

Sur ce plan, pourquoi ne pas envisager un statut unique de la résiliation du contrat de travail, comportant la seule exception des contrats temporaires par nature dans lesquels, à l'évidence, le problème de la sécurité de l'emploi ne se pose pas ? L'instauration de ce régime commun s'impose d'autant plus que sur le plan des conséquences de la rupture les incidences de la distinction sont encore plus discutables que celles que nous avons relevées sur le plan des conditions dans lesquelles s'exerce la rupture.

TITRE II

LES CONSEQUENCES DE LA RUPTURE.

346. — Si les conditions d'exercice de la rupture du contrat de travail ont été entourées de garanties pour en limiter l'exercice, il n'en reste pas moins que la possibilité de rupture est toujours admise. En effet, il paraît impossible de concevoir un système dans lequel le salarié, quoi qu'il arrive, conserverait son emploi La notion de propriété de l'emploi, si elle peut, à première vue, séduire, comporte certainement des inconvénients aussi graves que ceux qui résultent de l'instabilité totale. La rupture des relations de travail doit être possible et elle est devenue un des problèmes majeurs du droit du travail moderne. Il importe notamment de concilier la sécurité de l'emploi avec les impératifs propres à l'entreprise.

347. — Sur le plan interprofessionnel, cette conciliation tend à se réaliser. L'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi (1) montre que les parties signataires sont convaincues de l'importance de la question et que le problème dont il s'agit consiste essentiellement à limiter les conséquences sociales des décisions de licenciement collectif en cherchant à reclasser les salariés touchés. Dorénavant, une véritable politique de l'emploi ne peut se concevoir uniquement en fonction des intérêts de l'entreprise, sans que la condition des salariés dont elle doit se séparer, ne soit sérieusement envisagée.

348. — Sur le plan des relations individuelles, le droit du travail ne peut pas non plus se désintéresser des conséquences que la rupture entraîne pour les parties et notamment pour le salarié. Le salarié qui perd son emploi se retrouve souvent dans une situation difficile qui va en s'aggravant lorsque la conjoncture économique est défavorable. Que le contrat soit à durée déterminée ou à durée indéterminée, la situation du salarié est identique si la cessation des relations contractuelles intervient à un moment inopportun. Le salarié peut subir un préjudice et il

(1) Droit Ouvrier 1969, p. 95 - Droit Social 1969, p. 246.

est normal de songer à l'indemniser. Le principe même de cette indemnisation ne fait, à l'heure actuelle, aucun doute, mais les modalités de réalisation sont différentes selon la catégorie à laquelle appartient le contrat. La cause en est une nouvelle fois dans le fait de l'intervention à sens unique du législateur. Cette prise en considération particulière d'une des catégories du contrat conduit à une disparité des régimes qui joue au détriment de l'autre catégorie. Cette disparité se révèle aussi bien à l'occasion de la réparation de la rupture fautive qu'à l'occasion du dédommagement de la rupture non fautive.

CHAPITRE I

LA REPARATION DE LA RUPTURE FAUTIVE

349. — Le contractant qui commet une faute lors de la cessation des relations contractuelles, faute contractuelle ou délictuelle, cause un préjudice à son cocontractant, doit il doit réparation. Cette réparation est concevable sous deux formes : la réparation en nature ou par équivalent. Dans le premier cas, la réparation en nature implique le rétablissement du lien contractuel, rompu de façon anormale. Ce rétablissement pourrait être imposé aussi bien au salarié qu'à l'employeur, mais le problème se révèle de beaucoup le plus important lorsqu'il s'agit d'exiger de l'employeur la réintégration du salarié dans l'entreprise. En effet, le rapprochement entre la liberté du salarié de quitter son emploi et celle de l'employeur de se séparer d'un salarié dont il ne veut plus, est, en fait, « fallacieux » (1). Dans la première hypothèse, il s'agit de protéger la liberté individuelle, alors que dans la seconde il s'agit seulement d'une liberté de contracter que le législateur et les conventions collectives ont largement amenuisée en fonction de l'ordre public ou de la protection du salarié. Dès lors, le problème essentiel est celui de la réintégration du salarié dans l'entreprise. Pour la refuser, on fait valoir que le caractère personnel de la relation de travail ne permet pas cette forme de réparation ; mais dans la réalité on peut soutenir qu'aucun droit personnel n'est en cause lorsque la taille de l'entreprise ou la forme sous laquelle elle est constituée ont dépersonnalisé à l'extrême la relation de travail. Le droit positif français est néanmoins hostile à cette forme de réparation en nature et, en conséquence, le problème des incidences de la distinction se posera essentiellement dans le cadre de la réparation par équivalent.

Or, par suite de la sollicitude dont a bénéficié le contrat à durée indéterminée de la part du législateur, le régime applicable à cette réparation est très différent, alors que la situation du salarié qui a perdu son emploi est identique. Cette différenciation

(1) F. Meyers, *La réintégration des salariés selon le droit français et le droit américain, Droit Social,* 1962, p. 211 et s.

est tout aussi nette que la rupture soit due à une faute d'ordre contractuel ou à une faute d'ordre délictuel.

Section 1. — La rupture, faute contractuelle

350. — La faute contractuelle est celle qui consiste en une inexécution ou une mauvaise exécution de ses obligations par l'un des contractants. Cette faute peut se produire aussi bien dans le cas du contrat temporaire que dans celui du contrat à durée indéterminée et elle implique une réparation dont le régime doit normalement suivre les règles du Code civil. Mais, si les conditions d'ouverture du droit à réparation peuvent être rapprochées, l'organisation technique de la réparation tend à individualiser nettement les indemnités.

§ 1. — *L'ouverture du droit à réparation.*

351. — L'inexécution par les parties de leurs obligations peut se produire dans les deux catégories de contrats, mais il faut néanmoins relever une différence. Dans le contrat à durée déterminée, c'est le fait même d'avoir procédé à la rupture qui va être qualifié de fautif. Les parties, lors de la formation du contrat se sont engagées à respecter une certaine durée et le contrat doit se dérouler dans le temps jusqu'à cette date limite. Le fait de ne pas respecter cette clause constitue un manquement qui entraîne un droit à réparation. La doctrine parle de « brusque rupture » (2) ou de façon plus exacte de « rupture anticipée » (3) du contrat à durée déterminée. Dans le contrat à durée indéterminée, par contre, ce n'est pas le fait même de la rupture qui constitue l'inexécution, à moins qu'une clause ne vienne limiter la faculté de rompre. La rupture est, par définition, un droit qui ne saurait être assimilé à l'inexécution fautive des obligations. En réalité, c'est l'inexécution des conditions objectives mises par les parties à cette faculté de rupture qui est analysée en une faute contractuelle. En effet, les parties, lors de la conclusion du contrat, se sont souvent imposées mutuellement une obligation de préavis. Si l'une d'elles veut cesser les relations contractuelles, elle est tenue de prévenir son cocontractant un certain temps à l'avance. Si ce délai de prévenance n'est pas respecté, il y a faute de la part de celui qui rompt, faute dont il doit réparation. La doctrine, ici encore, parle de « brusque rupture » (4).

Cette expression de « brusque rupture », adoptée par une large partie de la doctrine pour les deux catégories de contrats, se révèle relativement justifiée dans la mesure où, dans les deux cas, les parties étaient en droit de s'attendre à une continuation

(2) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 475, p. 895.
(3) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 279, p. 465.
(4) P. Durand et A. Vitu, II, n° 476, p. 896 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 191, p. 340.

des relations contractuelles pendant un certain temps. L'inexécution des obligations prévues au contrat se traduisant par une rupture inopinée et immédiate des relations, constitue, dans les deux hypothèses, une faute contractuelle. Normalement, pour la réparation de cette faute il y a lieu de s'en tenir aux règles prévues par le Code civil. Hors le cas de force majeure ou de « faute grave » de l'autre partie, le contractant qui transgresse les règles contractuelles doit réparation. Il y a ici une certaine identité de régime, mais dans l'organisation technique de la réparation celle-ci n'a pas été consacrée.

§ 2. — *L'organisation technique de la réparation.*

352. — La réparation de la « brusque rupture » aurait normalement dû suivre les mêmes principes dans le cadre du contrat à durée indéterminée que dans le cadre du contrat à durée déterminée, c'est-à-dire ceux de la responsabilité contractuelle. Mais, si l'indemnité de « rupture anticipée » du contrat à durée déterminée suit fidèlement les principes posés par le Code civil, l'indemnité de « brusque rupture » (ou de préavis) du contrat à durée indéterminée a été largement aménagée par la jurisprudence et par le législateur de sorte que les deux régimes sont largement différenciés.

a) *L'indemnité de « brusque rupture » du contrat à durée indéterminée.*

353. — La brusque rupture du contrat à durée indéterminée est une faute contractuelle sanctionnée par le paiement à la partie qui a été privée du délai-congé d'une contrepartie pécuniaire. La réparation en nature étant exclue, seule une indemnité compensatrice peut être versée. Or, il ne faut pas confondre cette « brusque rupture » avec la possibilité pour l'employeur de dispenser le salarié de l'exécution du délai-congé. Cette pratique courante, qui paraît trouver sa justification dans le caractère personnel des relations de travail, est en réalité une des manifestations du pouvoir de direction du chef d'entreprise (5). Et si le montant de la somme que le salarié reçoit ainsi de l'employeur au moment de son départ est, en principe, égal à l'indemnité accordée par le juge en cas de « brusque rupture », cela ne doit pas automatiquement conduire à donner à ces deux sommes la même nature juridique.

1. - *La somme versée à l'occasion de la dispense unilatérale de préavis.*

Est-ce une indemnité compensatrice ou un salaire ? Cette contrepartie pécuniaire est égale à la rémunération qui aurait été payée au salarié si celui-ci avait réellement effectué le préavis.

(5) Cf. *supra*, n° 324 et la critique quant aux conséquences préjudiciables pour le salarié de cette pratique unilatérale.

Etant égale au salaire, la question se pose de savoir si elle en a les caractères.

Une partie de la doctrine déniait le caractère de salaire à cette somme d'argent, car elle ne rémunère pas un travail effectif (6). Mais on peut dire aujourd'hui que la notion de salaire, contrepartie d'un travail effectif dans le cadre du contrat synallagmatique de travail, est une notion dépassée. Le droit du travail reconnaît aujourd'hui « les salaires d'inactivité » (7), catégorie dans laquelle rentrent les indemnités journalières versées en période de maladie, l'indemnité de congé payé, etc., toutes ces « indemnités » étant en réalité des salaires versés sans qu'un quelconque travail soit effectué. De plus en plus, l'entreprise prend en charge le salarié qui se trouve momentanément empêché ou dispensé de fournir son travail (8). Cette garantie de salaire qui trouve sa source dans divers textes, accords des parties, convention collective, loi, permet ainsi la subsistance du salarié et de sa famille à un moment où il ne peut l'assurer (9). D'ailleurs, dans le cadre de la dispense d'exécution du préavis, ce caractère de salaire ne peut être valablement contesté. En effet, les deux parties sont normalement tenues de respecter les obligations découlant du contrat. Le salarié doit effectuer le travail pendant le préavis et, en contrepartie, l'employeur doit lui payer le salaire. Mais rien n'empêche l'employeur de renoncer à l'exécution de la prestation de son cocontractant, tout en acceptant d'exécuter la sienne. Dans l'hypothèse présente, l'employeur dispense le salarié de l'exécution de son obligation, il ne commet pas de faute, mais il doit au salarié le salaire correspondant à la période de travail dont il a été dispensé. Cette contrepartie pécuniaire est donc un véritable salaire et, en tant que telle, elle bénéficie de toutes les garanties attachées à cette qualification.

Mais, en est-il de même de l'indemnité à laquelle une des parties peut être condamnée pour avoir refusé de respecter le préavis ?

2. - *L'indemnité de « brusque rupture ».*

Cette indemnité due par la partie qui rompt brusquement le contrat de travail à durée indéterminée est l'objet de controverses portant sur sa nature juridique. Aussi, pour éclairer le débat, convient-il d'exposer au préalable le régime juridique de cette indemnité.

(6) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 476, p. 898.

(7) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, Sirey, 1967, p. 307 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, n° 191, p. 342.

(8) G.H. Camerlynck, *opus cité*, eod. loc.

(9) Soc. 29 janvier 1953, Droit Social 1953-322. Ainsi, si le salarié, tout en ne travaillant pas, reste à la disposition de l'entreprise sur demande de l'employeur, cette disponibilité, par accord des parties, peut être rémunérée par le versement du salaire que le travailleur aurait reçu s'il avait effectivement travaillé. A noter que ce salaire doit être payé quel que soit l'auteur de la rupture, du moment que c'est l'employeur qui dispense le salarié de l'exécution du préavis - Soc. 3 novembre 1967, D. 1968-310.

354. — Si la loi a fait allusion à la sanction de la méconnaissance du préavis par une des parties, elle n'a pas déterminé ce que comprenait exactement cette sanction et c'est à la jurisprudence qu'est revenu le soin de cette détermination. Pour la jurisprudence, qu'elle sanctionne la brusque rupture par l'employeur ou par le salarié, la contrepartie pécuniaire se calcule sur des bases identiques : elle correspond au salaire de la période de préavis qui n'a pas été observée (10). Le montant de l'indemnité comprend toutes les sommes que le salarié aurait perçues si le préavis avait été effectivement exécuté (11).

En effet, la jurisprudence, se basant sur les usages et le contrat de travail, seules sources à l'origine d'une telle obligation, a consacré la règle de l'évaluation forfaitaire. L'indemnité compensatrice du préavis est égale à la rémunération que le salarié aurait reçue si l'employeur avait respecté son obligation de préavis et la doctrine ancienne en tire l'argument que les principes généraux de la responsabilité, à savoir l'évaluation du dommage réel subi par la victime, ne sont pas appliqués (12). Ce caractère forfaitaire de l'indemnité entraîne des conséquences qui lui donnent un visage particulier. Ainsi, le montant de l'indemnité ne peut être réduit même si le salarié retrouve un nouvel emploi (13). A l'opposé, cette indemnité ne saurait être majorée si le salarié ne retrouve pas de travail pendant une période supérieure à celle couverte par le préavis (14).

La jurisprudence a également, de façon plus surprenante, consacré le caractère réciproque de cette évaluation. « Le montant de l'indemnité est, en principe, déterminé par le même procédé que l'auteur de la résiliation soit l'employeur ou le salarié. Ce système est d'autant plus remarquable qu'aucun texte légal ne l'impose. L'indemnité compense pour le travailleur les salaires dont il a été privé et pour l'employeur le préjudice causé par l'inexécution de la prestation de travail. Ce système a pour lui l'avantage de la simplicité et d'une élémentaire justice » (15). On fait toutefois observer que le préjudice subi par l'employeur peut se révéler supérieur et qu'il faudrait en tenir compte (16).

Ce caractère forfaitaire et réciproque ne doit pas être exagéré. En effet, il faut remarquer que la jurisprudence s'est prononcée

(10) Req. 22 mars 1904, D.P. 1904-I-444, note Planiol ; Soc. 23 octobre 1947, D. 1948-3 ; Soc. 6 février 1967, D. 1967, som. 88 - J.C.P. 1967-IV-42. Soc. 15 mai 1968, J.C.P. 1968-IV-108.

(11) Soc. 18 juillet 1961, Bull. 1961-IV, n° 806, p. 635. Voir G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 192, p. 342.

(12) Voir M. Planiol, note sous Agen 23 novembre 1903 - D. 1907-II-49 ; P. Durand et A. Vitu, II, n° 476, p. 896.

(13) Civ. 30 juin 1926, D.H. 1926-I-419 ; Soc. 18 février 1955, Bull. 1955-IV, p. 118.

(14) Soc. 9 décembre 1954, Bull. 1954-IV, p. 577 ; Soc. 15 mai 1968, J.C.P. 1968-IV-108.

(15) P. Durand et A. Vitu, n° 476, p. 897.

(16) P. Durand et A. Vitu, eod. loc. ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 194, p. 346 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 304 ; Soc. 24 février 1949, J.C.P. 1949-II-4916, note G.B. ; Soc. 30 mars 1961, I.C.E. 1961-747 ; Soc. 22 avril 1966, Bull. 1966-IV, p. 315 ; Soc. 26 avril 1967, J.C.P. 1967-IV-86.

en l'absence d'accord des parties sur le montant de cette indemnité. Or les parties peuvent très bien régler la question dans le texte qui institue l'obligation du préavis. La seule chose qui leur est interdite est de renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts (art. 23, § 9, L. I. du Code du travail) et, par-là même, de réduire par convention le taux de l'indemnité. Mais rien n'empêche les parties de fixer une indemnité plus élevée qui permette d'individualiser la réparation en tenant compte de facteurs spéciaux tels que, par exemple, l'ancienneté ou la qualification professionnelle. Reflétant la volonté sincère des parties, cette disposition ne saurait être écartée par le juge. A l'encontre du caractère de réciprocité, rien n'empêche les parties de prévoir des taux différents suivant que la rupture émane de l'un ou l'autre des contractants (17). Toutefois, l'augmentation du taux de l'indemnité ne saurait aller jusqu'à priver les parties de leur droit de résiliation unilatérale (18).

Quant aux garanties dont bénéficie cette indemnité, c'est la loi qui les a instituées. L'article 23, § 11, L. I du Code du travail, issu de la loi du 19 juillet 1928, accordait à l'indemnité de délai-congé le privilège établi par l'article 2101-4° du Code civil. La loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens abroge cet alinéa 11, mais elle complète la liste des créances garanties par l'article 2101-4° du Code civil en y incorporant l'indemnité de préavis. Cette même loi va plus loin, puisqu'elle précise que le super-privilège de l'article 47 a, L. I du Code du travail s'étend aussi à cette indemnité.

Ainsi, dans la mesure où cette contrepartie pécuniaire du délai-congé présente des caractères propres aux indemnités et des caractères propres au salaire, la question s'est posée de savoir si cette somme était un salaire ou une indemnité. La réponse à cette question est importante pour notre propos, car l'unité de régime applicable dépendra de l'identité ou de la différence de nature juridique des sommes versées à l'occasion de la rupture.

355. — La doctrine est divisée. Une partie de celle-ci penche pour le caractère indemnitaire (19), une autre pour le caractère de salaire (20). Ces divergences d'opinion sont dues essentiellement à la façon dont les auteurs ont envisagé le problème. Suivant qu'ils ont fait porter leur analyse sur le fondement de l'indemnité ou sur son organisation technique, ils ont abouti à des conclusions différentes.

Les tenants de la thèse indemnitaire mettent en avant le caractère réparateur du dommage. La contrepartie pécuniaire est la sanction civile d'une obligation légale méconnue et elle répare le préjudice causé au salarié par la privation d'un délai nécessaire à la recherche d'un nouvel emploi. Le fondement paraît justifié mais les modalités particulières soulèvent des difficultés que ces

(17) J. Vincent, *La dissolution du contrat de travail*, p. 613.
(18) Civ. 4 janvier 1933, G.P. 1933-I-487.
(19) Durand, *opus cité*, p. 896, n° 476 ; Dupeyroux, note sous Civ. 24 février 1960, D. 1960, p. 551.
(20) A. Brun et H. Galland, *Droit du travail*, t. II, p. 285.

auteurs n'ont d'ailleurs pas esquivées. En effet, le montant de cette indemnité est fixe et ne saurait varier suivant que le salarié a ou n'a pas trouvé un nouvel emploi. Elle n'est donc pas comme toute indemnité calculée selon le préjudice subi.

Pour Paul Durand, cette indemnité aurait la caractéristique d'être forfaitaire et cela expliquerait que le salarié puisse garder l'intégralité de la somme même s'il a retrouvé immédiatement un nouvel emploi (21), et que d'un autre côté il ne saurait obtenir une majoration de la somme même si, au terme du délai-congé, il est toujours à la recherche d'un travail. Le caractère forfaitaire de la réparation expliquerait aussi que le montant de l'indemnité soit en principe déterminé par le même procédé lorsque c'est l'employeur qui subit la brusque rupture. Et pour écarter la thèse du salaire, Paul Durand soutient que cette somme d'argent ne rémunère pas un travail effectif. Il admet toutefois qu'en se substituant au salaire, elle lui emprunte une partie de ses caractères. Ainsi, ayant une affectation alimentaire, elle serait partiellement insaisissable (22) et le législateur lui aurait étendu les garanties de paiement accordées au salaire (23).

M. Dupeyroux, quant à lui, voit dans la contrepartie pécuniaire une indemnité parce qu'on ne peut lui appliquer totalement le régime juridique du salaire (24). Ainsi, en cas de cession de l'entreprise, l'indemnité reste à la charge exclusive de l'ancien employeur (25), alors que si elle constituait par essence un salaire, le cessionnaire en serait débiteur. De même, lorsque le salarié retrouve immédiatement du travail, si l'on considère la somme comme un salaire, il est assez gênant « de considérer que le travailleur reste salarié par un employeur à l'entreprise duquel il n'appartient plus alors qu'il appartient à une autre.. » (24). Et cet auteur de conclure qu'il serait plus simple d'en revenir « à l'analyse classique de l'indemnité de préavis qui comme son nom l'indique a un caractère essentiellement indemnitaire ». L'indemnité ne serait pas par essence un salaire mais par essence une indemnité qui, pour constituer une réparation aussi parfaite que possible du préjudice subi par le travailleur, « devrait être parée de tous les caractères du salaire ». Le fondement de la contrepartie pécuniaire serait indemnitaire mais « elle serait revêtue d'un vêtement juridique particulier, non pas alimentaire mais rémunératoire ».

Il convient de remarquer que ces deux thèses qui mettent en avant le caractère indemnitaire puisent essentiellement leurs arguments positifs dans le fondement de la contrepartie pécuniaire et leurs arguments sous forme négative dans les modalités de l'indemnité.

(21) Civ. 30 juin 1926, D.P. 1926-I-69 ; Soc. 11 juillet 1958, Bull. 1958-IV, p. 673.
(22) Civ. Seine 4 et 29 mars 1939, G.P. 1939-2-142.
(23) P. Durand et A. Vitu, II, n° 476, p. 898.
(24) Dupeyroux, note précitée.
(25) Soc. 2 février 1945, S. 1945-I-50.

356. — M. Camerlynck, à l'encontre de ces thèses, fait une différence selon que la contrepartie pécuniaire est due par l'employeur ou par le travailleur et il déclare qu' « en partant d'une identité de nature de l'indemnité (il se propose) d'établir le contraste absolu qui (les) oppose dans leur fondement et dans leur organisation technique selon qu'elles sont réclamées par le salarié ou au contraire par l'employeur » (26).

Lorsque l'on se place du côté du salarié, on se trouve en face d'une « créance de salaires ». L'argument de Paul Durand, selon lequel il n'y aurait pas de travail effectif, est facilement renversé car on doit s'écarter « d'une conception étroite et périmée du salaire, créance strictement calculée dans le cadre d'un contrat synallagmatique, au fur et à mesure de l'accomplissement effectif de la contre-prestation de travail. De plus en plus s'affirme la nature plus large d'appartenance du salarié à l'entreprise qui le prend en charge » (27). Et, pour justifier sa théorie, M. Camerlynck insiste essentiellement sur l'organisation technique de cette contrepartie pécuniaire. Tout d'abord il constate que la dénomination de salaire convient parfaitement au cas de dispense du travail par l'employeur. Mais son argumentation principale réside surtout dans deux propositions : d'une part, la détermination du montant de l'indemnité et, d'autre part, le régime juridique auquel elle obéit.

Cet auteur constate tout d'abord que la jurisprudence détermine le montant de la somme en tenant compte de tous les éléments de rémunération auxquels le salarié aurait eu droit s'il avait exécuté son préavis (28). D'autre part, il constate que le régime juridique applicable à cette somme d'argent est comparable à celui du salaire (29). Il en résulte donc que le salarié est titulaire à l'encontre de l'employeur d'une créance de salaires.

Par contre, si l'on se place dans le cas de brusque rupture du contrat par le salarié, le caractère indemnitaire réapparaît. Et pour expliquer ce caractère forfaitaire, l'auteur fait valoir qu'il s'agit d'une forme d'amende infligée au salarié.

357. — Il semblerait que la thèse de M. Camerlynck soit confirmée par l'analyse des textes et de la jurisprudence.

— On peut, en effet, puiser un argument de texte dans l'article 29 du Livre I du Code du travail relatif à la rupture du contrat des V.R.P. Ce texte déclare : « Quand la rupture sera le fait de l'employeur, il sera dû à l'employé, en cas d'inobservation du délai-congé, *à titre de salaire,* le montant évalué en argent de tous les avantages directs et indirects qu'il aurait recueillis pendant le délai-congé ». Ce texte est précis et déclare nettement que la contrepartie pécuniaire du préavis, lorsque la brusque rupture est subie par le salarié, est versée à « titre de salaire ».

— De plus, l'interprétation des tribunaux administratifs et de

(26) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* I, n° 191, p. 340.
(27) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail,* I, n° 191, p. 342.
(28) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail, opus cité,* eod. loc.
(29) G.H. Camerlynck, *opus cité,* p. 99 et la jurisprudence en note. *Adde :* Soc. 18 mai 1967, Bull. 1967-IV, n° 393, p. 327.

l'Administration elle-même est en faveur du caractère de salaire. Ainsi, le Conseil d'Etat assimile sur le plan fiscal l'indemnité de préavis à un salaire (30). Quant à l'Administration, elle précise dans la Circulaire ministérielle n° 236 S.S. du 31 juillet 1948 que « le salaire de congédiement alloué à un employé licencié a bien le caractère de salaire passible de l'impôt sur les traitements et salaires ».

Enfin, dans une réponse ministérielle à une question écrite, on peut lire : « L'indemnité de préavis est un salaire : mais lorsque le préavis n'est pas effectué, c'est un salaire immédiatement acquis au salarié » (31).

Il semble donc que pour les juridictions administratives et plus généralement pour l'Administration elle-même, la nature juridique de « l'indemnité de brusque rupture » ne fasse aucun doute. C'est un salaire lorsqu'elle est due au salarié.

358. — Quant aux tribunaux judiciaires, ils n'ont pas toujours eu une vue unitaire de la question. En effet, les Commissions Régionales d'Appel de la Sécurité Sociale, devant lesquelles la question s'est le plus souvent posée, étaient divisées. Celle de Paris avait d'abord admis, le 1er avril 1955, que cette « indemnité » était un salaire, puis elle avait renversé sa propre interprétation dans deux décisions des 25 janvier et 22 novembre 1957 (32). Finalement, elle avait décidé que cette indemnité était présumée être un salaire, présomption destinée à s'effacer au cas où le salarié retrouverait un nouvel emploi pendant le délai-congé. La Commission Régionale de Rennes refuse le 14 janvier 1958 d'assimiler l'indemnité à un salaire, et son arrêt est cassé par la Chambre civile 2e section, qui, le 24 février 1960, déclare nettement : « L'indemnité de préavis est par essence un salaire » (33). Or, cette décision était trop catégorique, et finalement un arrêt rendu en Assemblée plénière civile l'atténue, qui déclare : « L'indemnité de préavis est *versée à titre de salaire*... même si le salarié est dispensé d'effectuer le préavis » (34).

L'analyse des textes et de la jurisprudence semble donc conduire à la conclusion que l'indemnité de préavis est un salaire lorsqu'elle est due au salarié. Mais, malgré un tel faisceau de concordances, cette thèse du salaire n'emporte pas notre conviction.

359. — En premier lieu, on peut opposer à l'argument tiré de l'article 29, Livre I du Code du travail, un argument en sens contraire tiré de l'article 23 lui-même. Il nous semble hasardeux de dégager d'un texte visant uniquement les V.R.P. un principe

(30) Note Dupeyroux, précitée.

(31) Rép. quest. écrite n° 12490, J.O. Déb. Ass. Nat., 13 janvier 1962, p. 70.

(32) C.R.A.S.S. Paris 25 janvier 1957 et 22 novembre 1957, J.C.P. 1957-II-10713, note P.A.

(33) Civ. 24 février 1960, précité.

(34) Cass. Ass. Plén. Civ. 18 juin 1963, Bull. 1963-II, n° 1, p. 1 - J.C.P 1963-II-13324 - D. 1963-643, note Minjoz - Droit Social 1964-123, note G. Lyon-Caen ; Civ. 12 décembre 1963, D. 1964-106 ; Civ. 2e S. 19 juillet 1965, J.C.P. 1965-IV-127.

de portée générale, alors que le texte même de l'article 23 qui prévoit l'indemnisation parle expressément de « dommages-intérêts ». De plus, l'article 29 ne dit pas que la somme due à l'employé est un salaire, mais qu'elle sera versée à « titre de salaire ». Il y a ici une nuance que l'on peut très bien interpréter comme une réserve du législateur. La somme n'est pas par nature un salaire mais les règles qui lui seront appliquées seront celles régissant le salaire.

En second lieu, on peut relever que l'interprétation des tribunaux administratifs ou de l'Administration elle-même ne s'impose pas aux tribunaux judiciaires, d'autant plus que c'est au regard du droit fiscal que ces interprétations sont fournies.

Enfin, quant à la position prise par les juridictions de l'ordre judiciaire, il faut remarquer que les divers arrêts procèdent par affirmation, aucun élément ne venant étayer une véritable construction juridique, et que c'est au regard des droits de la Sécurité Sociale que ces solutions sont données. En réalité, les hésitations de la jurisprudence montrent que la question est difficile à trancher et l'arrêt de l'assemblée plénière utilise la même formule ambiguë que le législateur. L'indemnité de préavis est versée « à titre de salaire ». Selon la formule d'un auteur, il s'agirait non d'un salaire « par nature », mais d'un salaire « par affectation » (35).

360. — Quant à la thèse de M. Camerlynck, cet auteur reconnaît lui-même qu'elle n'est pleinement satisfaisante que dans le cas où l'employeur, dispensant le salarié de l'exécution du préavis, lui remet immédiatement, de son propre chef, la contrepartie pécuniaire (36). Or, nous pensons, pour notre part, que cette hypothèse de dispense de l'exécution du préavis est totalement différente de la brusque rupture. La dispense d'exécution du préavis tire son origine du pouvoir de direction de l'employeur. La brusque rupture est, au contraire, la conséquence d'une méconnaissance des dispositions contractuelles ou légales. La violation d'une obligation ouvre droit à des dommages-intérêts qui doivent être demandés en justice. Aussi, malgré une apparence d'identité, due à son mode de calcul, la contrepartie pécuniaire du délai-congé diffère dans sa nature suivant qu'elle est accordée volontairement ou non par l'employeur. Si elle a pour origine une manifestation du pouvoir de direction du chef d'entreprise, à savoir la dispense de l'exécution de ses obligations par le salarié, il n'y a transgression d'aucune règle contractuelle ou légale ; étant versée volontairement, la somme d'argent peut être logiquement analysée en un salaire. C'est l'exécution par l'employeur de sa propre obligation découlant du maintien des obligations pendant le préavis, alors qu'il dispense le salarié de l'exécution de son obligation d'effectuer le travail.

Par contre, si elle trouve son origine dans la méconnaissance des obligations contractuelles ou légales et si elle doit être deman-

(35) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 307
(36) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 191, p. 34

dée en justice, quelle que soit la partie au contrat qui s'adresse au juge, cette contrepartie pécuniaire ne peut s'analyser qu'en une indemnité. Cette indemnité revêt un caractère particulier double : d'une part, sans s'attacher à l'importance du préjudice réel, elle est fixée au montant du salaire qu'aurait perçu le salarié pendant la période où il aurait dû travailler. D'autre part, lorsqu'elle est due au salarié, cette indemnité est soumise à certaines règles particulières au salaire. A notre avis, ces deux particularités peuvent s'expliquer : la première en faisant appel à la technique de la clause pénale, la seconde en considération de la situation particulièrement délicate du salarié.

361. — 1° Le mode de calcul identique de l'indemnité, adopté par la jurisprudence que l'indemnité soit due par l'employeur ou le salarié, a pu surprendre la doctrine ; mais il ne manque pas d'un certaine logique. Il nous semble être basé à l'origine sur l'interprétation de la volonté des parties.

Avant l'intervention de la loi du 19 février 1958 qui va rompre la réciprocité en matière de délai-congé, le préavis est d'origine essentiellement contractuelle ; il est réciproque et sa durée est la même quelle que soit la partie victime de la rupture. On peut penser que la jurisprudence, tenue d'en évaluer le montant en cas d'inexécution, a adopté pour ce calcul une technique se rapprochant de celle de la clause pénale. En cas de décision de rupture prise par l'une ou l'autre, les parties s'obligent, dès la conclusion du contrat, à respecter un certain délai entre la notification de la décision et la rupture effective. Ce délai marque contractuellement le laps de temps qui leur paraît nécessaire pour atténuer le caractère immédiat de la rupture. Une fois fixé, *ce délai ne peut être ni allongé, ni raccourci au gré des circonstances* sauf dispositions particulières. Par une clause spéciale, les parties se sont garanties mutuellement contre une utilisation inopinée de leur droit de résiliation unilatérale. D'avance elles ont marqué la mesure du temps que devra accorder chaque partie à l'autre lors de la rupture pour qu'elle puisse éviter les inconvénients préjudiciables attachés à la brusquerie de la rupture. De la même manière que la clause pénale fixe le montant de l'indemnisation en cas d'inexécution du contrat, le préavis fixe forfaitairement le laps de temps que les parties doivent s'accorder mutuellement après que l'une d'elles ait pris la décision de rompre. Aussi, les parties ne peuvent pas se dégager de cette obligation même si l'une d'elles a trouvé tout de suite un autre contractant, c'est-à-dire même s'il n'était pas nécessaire d'atténuer pour elle la brutalité de la rupture, sauf par voie de consentement mutuel. Chacun doit respecter le préavis, ce dernier étant institué dans l'intérêt des deux. D'autre part, si la partie qui subit la rupture ne retrouve pas, après l'écoulement du délai imparti, un autre contractant, elle ne peut exiger un délai plus long ni une indemnisation supplémentaire. Dans un tel cas, le dommage n'est pas la conséquence de l'inobservation du préavis, mais est la conséquene de la rupture elle-même qui, elle, est un droit. Le caractère forfaitaire de la durée prévue s'impose aux

parties au même titre qu'une clause pénale (37). La jurisprudence ancienne parle d'ailleurs expressément de « clause pénale » dans certaines décisions, notamment lorsque les parties ont pris la précaution de prévoir une indemnité instituée pour assurer l'exécution de l'engagement de se prévenir un certain temps avant la cessation effective des relations de travail (38). Dans ce cas, il est incontestable que l'indemnité contractuelle expressément prévue est une clause pénale fixant forfaitairement la valeur pécuniaire de l'obligation de respecter le préavis. Mais, en règle générale, les parties négligent de prévoir le fait qu'une des parties puisse ne pas respecter l'obligation de préavis.

Cette obligation de respecter le préavis est une obligation de faire et, en tant que telle, elle est insusceptible d'exécution forcée. Dès lors, il appartient au juge d'en évaluer le montant. Le caractère forfaitaire donné par les parties au délai-congé semble avoir entraîné l'évaluation forfaitaire de l'indemnisation. Et c'est en s'appuyant sur le caractère synallagmatique du contrat que le juge a été amené à évaluer cette obligation au même montant qu'elle soit due par l'employeur ou le salarié. Si on envisage la situation du salarié, on doit admettre qu'à partir du moment où le congé lui est notifié, il ne peut plus compter que sur un temps de travail limité à la durée du délai-congé. Lorsqu'il s'adresse au juge, il fait valoir que l'employeur n'a pas exécuté son obligation alors que lui offrait d'exécuter la sienne. Le juge va donc condamner l'employeur à exécuter son obligation qui consiste dans le paiment d'une somme d'argent qui représente *la valeur du salaire* que le salarié aurait perçu s'il avait travaillé pendant le délai-congé (39). Si on se place du côté de l'employeur, le problème peut être envisagé de la même façon, à la différence que le raisonnement est un peu plus complexe. Lorsque le salarié rompt brusquement le contrat de travail, l'employeur était en droit de compter sur le travail que le salarié aurait dû effectuer pendant la durée du délai-congé. Pour évaluer le montant de cette obligation de faire du salarié, les juges du fond doivent se référer à la contre-prestation équivalente du contrat synallagmatique. L'obligation du travailleur d'effectuer le travail est corrélativement équivalente à l'obligation de l'employeur de rémunérer ce travail. Donc, en valeur, la prestation de travail du salarié est égale au salaire versé par l'employeur. Ayant ainsi évalué l'équivalent pécuniaire du préavis, les juges du fond condamnent le salarié à verser à l'employeur une somme égale au montant des salaires qu'il aurait reçus s'il avait effectué son préavis.

Ce raisonnement est certainement celui qui a guidé la jurisprudence dans la recherche d'une solution juste et équitable. Le recours à la théorie du synallagmatisme nous semble ici judicieux. Il est renforcé par les dispositions des conventions collec-

(37) Soc. 15 mai 1968, J.C.P. 1968-IV-108.
(38) Civ. 28 novembre 1928, S. 1929-I-55 - D.H. 1929-2.
(39) Soc. 6 février 1967, J.C.P. 1967-IV-42 - D. 1967 som. 88 ; Soc. 18 mai 1967, J.C.P. 1967-IV-97.

tives qui défalquent deux heures de salaire quotidien pour le calcul de l'indemnité due par le salarié à l'employeur. Ces deux heures correspondent, en effet, au temps que l'employeur est tenu de laisser au salarié pendant le temps du délai-congé pour la recherche d'un nouvel emploi et qu'il aurait dû payer de toute façon, bien qu'elles ne fussent pas « travaillées ».

362. — On pouvait penser que les textes légaux intervenus en la matière remettaient en cause un tel raisonnement. En effet, la loi du 19 février 1958 est intervenue pour rompre la réciprocité et, en faisant intervenir la notion fondamentale d'ancienneté, elle rompt le parallélisme qui existait entre les régimes applicables. Mais, en réalité, elle n'influe pas sur la nature juridique de la contrepartie pécuniaire. Elle se contente de fixer un temps de préavis minimum et reste muette sur la nature de « l'indemnité compensatrice » de préavis. Elle ne fait que changer la durée de la période sur laquelle peut compter le salarié en cas de licenciement. *De conventionnel le régime devient statutaire*, mais le raisonnement prêté au juge quant à l'évaluation ne change pas. Le problème n'est pas différent depuis l'ordonnance du 13 juillet 1967 qui ne fait que renforcer le rôle joué par l'ancienneté. Seule l'indemnité spéciale de préavis pouvait poser un problème, mais à notre avis, elle contribue à affirmer le caractère indemnitaire, car on ne saurait valablement assimiler cette indemnité spéciale au salaire (40).

L'analyse fondée sur un rapprochement avec la technique de la clause pénale nous paraît donc toujours valable et explique, à notre avis, le caractère forfaitaire de l'indemnité.

363. — 2° Quant au régime particulier suivi par cette indemnité de préavis, il nous semble que cela est dû au fait que le législateur a voulu accorder une protection supplémentaire au salarié victime de la brusque rupture en le faisant exceptionnellement bénéficier des privilèges de l'article 2101-4° du Code civil et du super-privilège en cas de faillite de l'employeur institué par le décret-loi du 8 août 1935. L'indemnité de préavis est d'une importance vitale pour le salarié. Grâce à elle, il va pouvoir assurer la subsistance de sa famille pendant le temps où il est à la recherche d'un nouvel emploi. Au même titre que le salaire qu'elle « compense », cette indemnité a un caractère alimentaire. Dès lors, il paraît normal que la jurisprudence la considère comme partiellement insaisissable. C'est non pas parce qu'il s'agit d'un salaire, mais à cause de sa vocation alimentaire, que la garantie est accordée à l'indemnité (41).

On a tiré argument du fait que le législateur avait accordé le privilège et le super-privilège à cette indemnité pour soutenir qu'elle était en réalité un salaire et qu'elle devait suivre les règles régissant ce dernier, notamment la prescription abrégée

(40) Voir *infra*, n° 385.

(41) Civ. Seine 4 et 29 mars 1939, G.P. 1939-2-142 ; en ce sens P. DURAND et A. VITU, II, n° 476, p. 896 et s.

de l'article 2271 du Code civil (42). Nous ne pouvons suivre la doctrine sur cette voie. En effet, il est tout aussi logique de soutenir, à l'opposé, que si le législateur a pris soin de préciser que ces garanties devaient s'appliquer à l'indemnité de préavis, c'est parce que, dans son esprit, l'indemnité de préavis n'est pas par essence un salaire et que l'octroi de ces garanties est tout à fait exceptionnel et doit le rester. D'ailleurs, la garantie du privilège a été étendue par le législateur à l'indemnité de rupture abusive et personne n'a jamais soutenu que, de ce fait, cette indemnité devait être considérée comme un salaire. Il en est de même pour l'indemnité de licenciement. La loi du 27 novembre 1968 étend le privilège aux indemnités de licenciement qui n'ont pourtant en aucune façon le caractère de salaires (43). Et si la loi du 13 juillet 1967 étend « le super-privilège » de l'article 47 a Livre I du Code du travail à l'indemnité de délai-congé et pas à l'indemnité de rupture abusive, c'est uniquement en raison de la vocation alimentaire de l'indemnité de préavis et non en raison de son caractère de salaire (44).

Nous estimons donc que l'indemnité de préavis, même celle qui est due au salarié, a la nature juridique d'indemnité et non de salaire. Dès lors, la prescription abrégée des salaires ne devrait pas pouvoir s'appliquer. Il est d'ailleurs choquant que l'indemnité due au salarié soit régie par la prescription courte de l'article 2271 du Code civil, alors que celle de l'employeur est régie par la prescription du droit commun. L'indemnité de préavis est accordée en réparation d'une faute contractuelle. Elle a un caractère forfaitaire et, en raison de son caractère alimentaire, elle a été protégée par le législateur qui lui a étendu certaines garanties normalement réservées au salaire. Cette conclusion est importante car, à partir du moment où l'indemnité de préavis conserve son caractère indemnitaire, on peut songer à étendre les garanties dont elle bénéficie à l'indemnité due en cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée.

b) *L'indemnité de « rupture anticipée » du contrat à durée déterminée.*

364. — La rupture anticipée du contrat à durée déterminée n'a fait l'objet d'aucune disposition légale générale, contrairement à

(42) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 193, p. 344. *Adde :* « La prescription abrégée de la créance de salaires, D.H. 1956, chr. VI ; Soc. 27 décembre 1946, Droit Social 1947-78.

(43) Loi du 27 novembre 1968, J.C.P. 1968-III-43835.

(44) La doctrine estime que la nouvelle rédaction de l'article 47 a confirmé implicitement l'interprétation qui avait été donnée du décret-loi du 8 août 1935 selon laquelle le « super-privilège » ne s'applique qu'à l'indemnité de délai-congé. Un arrêt de la Cour d'Amiens du 9 novembre 1967 (D. 1968-389 - J.C.P. 1968-IV-75) prend le contre-pied de cette thèse et déclare qu'en raison de leur caractère d'accessoires du salaire, les indemnités de préavis et de rupture abusive dues à un salarié bénéficient du super-privilège institué par l'art. 47 a, L. I du C. trav. Dans le même sens G. Lyon-Caen, « *Les salaires* » in *Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, t. II, n° 264, p. 281. *Contra :* G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 228, p. 391 *in fine.*

la brusque rupture du contrat à durée indéterminée. Cette absence de texte a conduit la doctrine et la jurisprudence à refuser de transposer purement et simplement les principes qui régissent le contrat à durée indéterminée au contrat à durée déterminée (45). L'octroi d'une indemnité de préavis est une sanction réservée à la rupture du contrat à durée indéterminée et les dispositions de l'article 23 Livre I du Code du travail ne s'appliquent qu'à cette catégorie de contrats.

Pourtant, la protection du salarié dont le contrat est rompu fautivement ne saurait logiquement être moindre dans le cas où l'employeur s'était engagé à conserver le salarié jusqu'au terme prévu que dans le cas où la durée de la convention n'avait pas été précisée. Les impératifs sont les mêmes : le salarié qui perd brusquement son emploi doit pouvoir faire subsister sa famille pendant le temps où il recherche un nouvel emploi et le paiement des dommages-intérêts dus en raison de la faute commise devrait être garanti de la même manière, au moins pour la fraction qui peut être considérée comme alimentaire.

Mais le législateur s'est désintéressé du cas des contrats à durée déterminée et a fait porter l'essentiel de ses efforts sur la protection du salarié lié par contrat à durée indéterminée. De ce fait, la jurisprudence, en l'absence de texte, ne pouvait appliquer que les règles posées par le Code civil en matière de réparation du dommage subi. Ces règles portent notamment sur le calcul du montant de l'indemnité qui doit normalement correspondre au préjudice réel et cette indemnité ne peut être garantie par le privilège de l'article 2101-4° du Code civil, ni par le super-privilège de l'article 47 a du Livre I du Code du travail.

365. — En cas de rupture anticipée du contrat à durée déterminée, le salarié a droit à une indemnité pour le préjudice qu'il subit du fait de la rupture et conformément au droit commun de la responsabilité, les juges du fond apprécient souverainement le montant de la réparation (46). Dans le contrat à durée indéterminée, par contre, le montant de la réparation est forfaitaire et nous avons vu que cela correspond à l'évaluation de ce que les parties pouvaient prévoir lorsqu'elles ont institué le préavis. Suivant un raisonnement analogue on pouvait, dès lors, soutenir que dans le contrat à durée déterminée, la mesure du préjudice était marquée par le montant des salaires qui restaient à percevoir jusqu'au terme prévu. Certaines décisions avaient appliqué ce principe et la Cour de cassation avait accepté que le montant du préjudice soit calculé en tenant compte du temps qui restait

(45) P. Durand et A. Vitu, II, n° 476, p. 895. G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 280, p. 466 ; A. Brun, *La Jurisprudence en droit du travail*, p. 339 ; J. Savatier, note sous Soc. 12 janvier 1967, Droit Social 1967, p. 300 ; Soc. 29 novembre 1959, Bull. 1959-IV, n° 1161, p. 923 ; Soc. 13 décembre 1963, J.C.P. 1963-II-13183, note P. Bizière.

(46) Soc. 9 avril 1948, Bull. 1948-III, p. 389 ; Soc. 25 janvier 1961, J.C.P. 1961-IV-34 ; Soc. 13 février 1963, précité ; Soc. 3 juillet 1967, J.C.P. 1967-IV-126.

jusqu'à l'arrivée normale du terme (47). Elle s'en tenait à l'appréciation souveraine des juges du fond et il semblait, dès lors, que cette indemnité tendait à revêtir un caractère forfaitaire : la brusque rupture du contrat à durée déterminée entraînait dans la plupart des cas la condamnation de l'employeur au paiement de la rémunération convenue jusqu'à la fin du contrat. Cette tendance des juges du fond était bénéfique pour le salarié (48).

Elle s'était surtout manifestée à l'occasion de la rupture du contrat d'artiste de spectacle et notamment à propos d'une affaire Vanel. Dans cette espèce, l'acteur Charles Vanel avait été engagé pour tourner un film, « Le port des passions », dont le tournage devait durer sept semaines, moyennant un certain cachet. L'employeur n'avait pas été en mesure de réaliser ce film et l'acteur, après avoir fait constater par huissier qu'il s'était tenu à sa disposition pendant tout le temps prévu pour le tournage, réclamait en justice le paiement intégral du cachet promis. Il obtient gain de cause devant les juges du fond. L'employeur se pourvoit en cassation en soutenant que l'acteur n'avait pas été inoccupé et qu'ayant travaillé pour le compte d'autres producteurs, le dommage subi n'était pas si élevé et que les juges du fond auraient dû en tenir compte. La Cour de cassation rejette le pourvoi en déclarant que du moment que l'acteur s'était tenu à la disposition de l'employeur, ce dernier devait payer la rémunération convenue (49). Cette décision était importante dans la mesure où elle semblait admettre le caractère forfaitaire de l'indemnisation, assurant par là une certaine identité de régime avec l'indemnité de brusque rupture du contrat à durée indéterminée.

La doctrine a expliqué cette jurisprudence en se référant aux principes civilistes. Pour certains auteurs, si l'on se place sur le terrain de l'exécution du contrat synallagmatique, il est normal que le contractant qui n'exécute pas son obligation, alors que l'autre offre de remplir la sienne, soit condamné à exécuter, surtout si l'obligation consistait dans le paiement d'une somme d'argent. « Puisque le salaire était garanti jusqu'à la fin du contrat, l'employeur ne saurait invoquer valablement pour s'y soustraire des circonstances extrinsèques propres au créancier » (50). Cette analyse civiliste a été contestée tant dans son principe que dans ses conséquences. On fait valoir qu'une telle analyse ne saurait s'appliquer à un contrat à exécution successive et que de toute façon elle revêt un caractère théorique eu égard au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (51).

(47) Soc. 5 juin 1959, D. 1960, som. 12 ; Soc. 3 février 1967, Bull. 1965-IV, p. 81 ; Soc. 8 décembre 1965, n° 885, p. 754 ; Soc. 9 février 1966, Bull. 1966-IV, n° 166, p. 140.

(48) Paris 27 février 1964, J.C.P. 1964-II-13614, note B.P. *Contra :* Soc. 20 novembre 1963, Bull. 1963-IV, n° 808, p. 669.

(49) Soc. 28 février 1962, D. 1962-605, note G. Lyon-Caen - Bull. 1962-IV, n° 231, p. 167. Dans le même sens, Soc. 8 décembre 1965, Bull. 1965-IV n° 885, p. 754.

(50) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 341. Cet auteur se réfère d'ailleurs aux auteurs civilistes (Ripert et Boulanger, t. II, 1957, n° 771).

(51) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 280, p. 467, note 8.

Pour d'autres auteurs, cette jurisprudence peut s'expliquer par l'option laissée au contractant qui subit l'inexécution entre l'action tendant à l'exécution du contrat à condition de continuer à offrir d'exécuter sa propre prestation et l'action tendant à la réparation du préjudice résultant de la rupture. S'il choisit la première, le tribunal doit lui accorder l'intégralité du salaire, s'il choisit la seconde, le juge apprécie souverainement le préjudice en tenant compte éventuellement des circonstances de fait qui viendraient rendre ce préjudice moins important. Et il a été souligné que « pratiquement lorsque le terme convenu est encore éloigné, le travailleur ne peut guère au moment de l'action prétendre s'être tenu à la disposition de l'employeur pendant la durée du contrat, et avoir de ce fait un droit au salaire. Il prend plutôt acte de la rupture et demande des dommages-intérêts » (52).

Quel que soit le jugement que l'on puisse porter sur l'orthodoxie juridique de la solution jurisprudentielle, il n'en reste pas moins que cette tendance était extrêmement bénéfique sur le plan de la sécurité de l'emploi. En condamnant l'employeur à payer les salaires pour la période restant à courir jusqu'au terme fixé, la jurisprudence tendait à accorder un caractère forfaitaire à l'indemnisation, qui avait pour effet principal de faire pression sur la volonté de l'employeur et d'éviter les ruptures. Une partie de la doctrine relevait et approuvait ce rapprochement entre les régimes du contrat à durée déterminée et du contrat à durée indéterminée (53).

366. — Mais la Cour de cassation devait réagir et réduire à néant cette tendance à l'indemnisation forfaitaire de la rupture du contrat à durée déterminée. Dans plusieurs arrêts récents elle rappelle fermement aux juges du fond qu'ils doivent s'en tenir aux règles du Code civil : « L'indemnité à allouer au salarié qui est victime d'une rupture anticipée de son contrat de travail à durée déterminée doit correspondre au préjudice qu'il éprouve, sans être nécessairement égale aux salaires restant à courir jusqu'à la date prévue comme fin » (54). Elle rappelle que, selon l'article 1149 du Code civil, les dommages-intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé et elle censure le juge du fond qui affirme que c'est un principe de droit que d'allouer la totalité des salaires restant à courir jusqu'à la fin du contrat (55). Les juges du fond peuvent allouer cette somme mais ils doivent, comme auparavant, tenir compte de toutes les circonstances qui peuvent rendre le préjudice moins grand (56). Il n'en sera autrement que dans le cas où

(52) J. Savatier, note sous Soc. 12 janvier 1967, Droit Social 1967, p. 300.

(53) A. Brun, *opus cité*, eod. loc.

(54) Soc. 9 février 1966, Bull. 1966-IV, n° 166, p. 140 ; Soc. 12 janvier 1967, précité ; Soc. 24 janvier 1968, Bull. 1968-V, n° 50, p. 43 - J.C.P. 1968-IV-34 ; Soc. 8 février 1968, Bull. 1968-V, n° 95, p. 79 ; Soc. 15 janvier 1969, Bull. 1969-V, n° 20, p. 17.

(55) Soc. 8 février 1968, Bull. 1968-V, n° 95, p. 79 - D. 1968 som. 83 - J.C.P. 1968-IV-42 - Droit Ouvrier 1968-344.

(56) Possibilité de retrouver un emploi dans le délai restant à courir (Soc. 13 octobre 1966 - Bull. IV, p. 646), offre de réintégration refusée par le

les parties ont, dès l'origine, par une clause pénale, marqué l'importance de l'indemnisation. Cette clause pénale est d'ailleurs fréquente dans le contrat à durée déterminée et le juge ne peut en modifier le montant (57). Il est donc loisible aux parties de prévoir par une clause le paiement de la fraction de salaires restante lors de la rupture. Les parties peuvent même prévoir une clause pénale d'un faible montant et la doctrine estime que la liberté dont jouissent les parties sur le plan de la fixation du montant de la clause pénale est très dangereuse et même contraire au principe de la protection du salarié (58). Il faut noter qu'il s'agit ici encore d'une différence fondamentale entre les deux catégories de contrats. En effet, dans le contrat à durée indéterminée, il est interdit par l'article 23 du Livre I du Code du travail de fixer une indemnité de préavis inférieure à celle fixée par la loi ou les usages. Seule est permise une évaluation égale ou supérieure au montant du salaire de la période de préavis. Il ne serait pas inutile que, dans le cadre du contrat à durée déterminée, le législateur intervienne pour assurer un seuil en deçà duquel l'indemnisation ne pourrait descendre. Cette intervention du législateur est d'ailleurs tout aussi souhaitable en matière de garanties du paiement de l'indemnité.

367. — En effet, les auteurs ont fait remarquer que, contrairement à l'indemnité de préavis du contrat à durée indéterminée, l'indemnité accordée en cas de brusque rupture du contrat à durée déterminée n'est pas garantie par le privilège de l'article 2101-4° du Code civil et par le super-privilège institué par le décret-loi du 8 août 1935 et ils le déplorent (59). En effet, les sommes accordées par le juge ne sont pas des salaires, même si, en fait elles sont égales aux salaires restant à courir jusqu'au terme du contrat. L'assimilation ne serait légitime que dans le cas où le salarié est resté à la disposition de l'employeur qui refuse de l'employer. En l'état actuel des textes, les juges ne peuvent étendre les garanties de paiement qui sont prévues exclusivement pour les indemnités de rupture du contrat à durée indéterminée. « Il y a là une différence injustifiée. Il eût été souhaitable qu'intervienne sur ce point une réforme législative, accordant le bénéfice du privilège général, non certes pour la totalité du salaire jusqu'au jour de l'échéance normale de la convention, mais pendant un délai raisonnable correspondant à celui du préavis en cas de contrat à durée indéterminée, pour un

salarié (T. civ. Pointe-à-Pitre 8 août 1956, I.C.E. 1957-446), publicité résultant de la rupture - affaire Dior contre Saint-Laurent (Soc. 3 novembre 1967, D. 1968-80).

(57) T. civ. Seine 16 juin 1956, J.C.P. 1956-II-9493, note B.P. ; Soc. 13 octobre 1965, Bull. 1965-IV, p. 543. Cette clause pénale s'applique d'ailleurs aussi bien au salarié qu'à l'employeur. Soc. 14 février 1968. Bull. 1968-V, n° 101, p. 83 - J.C.P. 1968-IV-46 - D. 1968-457.

(58) A. Brun, *opus cité*, eod loc.

(59) P. Durand et A. Vitu, II, n° 475, p. 895 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 281, p. 468 ; J. Savatier, note précitée ; Civ. 15 décembre 1930, D.H. 1931-52.

emploi identique, dans la même profession » (60). Face à la carence des conventions collectives et à l'impossibilité dans laquelle se trouve le juge de transposer les solutions du contrat à durée indéterminée au contrat à durée déterminée, le législateur doit intervenir pour instituer un régime commun des indemnités de rupture. Il est inadmissible que le salarié soit moins protégé lorsqu'il est lié par une certaine catégorie de contrat alors que, nous l'avons vu, il ne peut pas l'éviter, l'employeur étant pratiquement maître de la qualification du contrat de travail. Or, il ne semble pas qu'il soit entré dans cette voie, car la réforme opérée par la loi du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens, a, sur ce point, maintenu les solutions antérieures. Nous ne pouvons que regretter cette constance, d'autant plus que la disparité entre les régimes de rupture est tout aussi marquée lorsque l'indemnité a sa source dans une faute délictuelle de l'employeur.

Section II. — La rupture, faute délictuelle

368. — La faute commise dans l'exercice de la rupture est sanctionnée tant dans le cadre du contrat à durée indéterminée que dans celui du contrat à durée déterminée. En effet, dans ce dernier cas, nous avons pu noter une tendance très nette du juge à introduire et la notion d'abus, notamment dans l'hypothèse de non-renouvellement du contrat, et la notion de contrôle judiciaire des conditions dans lesquelles la rupture anticipée s'effectue. Mais à la différence de la rupture du contrat à durée indéterminée, les règles de la réparation n'ont pas fait l'objet de dispositions légales lorsque le contrat temporaire est rompu à tort avant l'arrivée du terme prévu. Il en résulte une série de différences tant dans la mise en œuvre de la responsabilité que dans l'organisation technique de la réparation.

§ 1. *La mise en œuvre de la responsabilité.*

369. — Alors que dans le contrat à durée déterminée, le montant des dommages-intérêts dus à la partie qui subit la rupture fait l'objet d'une demande unique et globale, les divers chefs de demande dans le cas de rupture du contrat à durée indéterminée doivent être soigneusement distingués par le salarié dès la procédure de conciliation, sous peine d'irrecevabilité (61). C'est ainsi que, si les juges du fond prononcent une condamnation globale, le jugement est cassé par la Cour Suprême (62). L'indemnité de rupture abusive est distincte de l'indemnité de délai-congé car

(60) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 281, p. 468.
(61) P. Durand et A. Vitu, II, n° 479, p. 902 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 226, p. 386.
(62) Soc. 13 février 1958, D. 1958-338.

l'article 23, § 5 décide que les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé, ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu la résiliation abusive du contrat.

Cet article étant réservé à la rupture du contrat à durée indéterminée, la jurisprudence ne l'applique pas à la rupture anticipée du contrat temporaire (63). La partie qui se plaint des conditions dans lesquelles est intervenue la rupture doit prouver le préjudice réel et distinct qu'elle subit. Le juge peut alors tenir compte du préjudice moral pour accorder une majoration de la réparation (64), mais qui se fond dans la totalité de la somme et suit les mêmes règles, à savoir les règles de la responsabilité contractuelle. Par contre, pour le contrat à durée indéterminée, la jurisprudence considère que cette indemnité est de nature délictuelle et que, de ce fait, elle échappe aux règles posées par les articles 1150 et suivants du Code civil, et qu'elle n'obéit qu'à l'article 23 du Livre I du Code du travail (65). La conséquence fondamentale de cette différence réside dans l'impossibilité de renoncer par avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts.

Aux termes mêmes de l'article 23, § 9 la clause pénale intervenue lors de la conclusion et fixant forfaitairement à l'avance le montant des dommages-intérêts en cas de rupture abusive est nulle et ne saurait valablement constituer une renonciation indirecte à un droit, la victime éventuelle pouvant ne pas se rendre compte de l'étendue du droit auquel elle renonce (66). Le juge doit alors modifier le montant prévu par la clause et réparer intégralement le préjudice. Au contraire, lorsqu'une clause pénale est contenue dans un contrat à durée déterminée, le juge ne peut pas modifier le montant des dommages-intérêts fixé forfaitairement par les parties (67). Ainsi, dans la branche des spectacles, il a été déjà jugé que « lorsque l'entrepreneur et les artistes ont fixé contractuellement, en cas de rupture de l'engagement, l'étendue du dommage et sa réparation par le paiement d'une somme égale aux salaires convenus, le préjudice doit être considéré comme réparé par le paiement desdits salaires, en dehors de toute demande de dommages-intérêts » (68). Cette différence de régime applicable, qui découle d'une application de principes civilistes stricts, se justifie difficilement sur le plan des principes d'équité et démontre une fois de plus, s'il en était

(63) Soc. 20 novembre 1959, Bull. 1959-IV, n° 1161, p. 923 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, n° 104, p. 336.

(64) Soc. 25 janvier 1961, Bull. 1961-IV, n° 107, p. 83 ; A. Brun, *opus cité*, n° 105, p. 338 - J.C.P. 1961-IV-34.

(65) Soc. 11 juin 1953, D. 1953-601 ; Soc. 29 juin 1966, Bull. 1966-IV, p. 536 ; A. Brun et H. Galland, II, 302.

(66) P. Durand et A. Vitu, n° 408, p. 778 et 479, p. 903 ; D. Autié, *La rupture abusive du contrat de travail*, n° 144 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 228, p. 390 ; Civ. 26 novembre 1928, S. 1929-155. Rappr. Civ. 15 octobre 1941, D. 1942-149.

(67) Civ. 2 février 1927, D. 1927-I-164 ; Soc. 13 octobre 1965, Bull. 1965-IV, p. 543.

(68) T. civ. Seine 16 juin 1956, J.C.P. 1956-II-9493, note B.P.

nécessaire, que la sollicitude dont a bénéficié le contrat à durée indéterminée par rapport au contrat temporaire conduit à une situation injuste dont le salarié lié par contrat à durée déterminée fait les frais. Cette différenciation est d'ailleurs encore accrue par l'organisation technique de la réparation.

§ 2. *L'organisation technique de la réparation.*

Alors que le contrat à durée déterminée obéit strictement aux principes du droit commun de la responsabilité, l'indemnité de résiliation abusive du contrat à durée indéterminée a été envisagée par les textes qui précisent son évaluation et déterminent les garanties qui la protègent.

a) *L'évaluation des indemnités.*

370. — Que le contrat soit à durée déterminée ou à durée indéterminée, le droit commun de la responsabilité est applicable à la détermination du montant des dommages-intérêts. Toutefois, l'article 23, § 6 du Livre I du Code du travail donne au juge, dans le cadre du contrat à durée indéterminée, des directives et lui précise de tenir compte de toutes les circonstances qui sont de nature à justifier l'existence et l'étendue du préjudice causé. L'indemnité n'a pas, comme pour l'indemnité de délai-congé, un caractère forfaitaire et le juge est guidé dans son évaluation de l'indemnité à allouer. Cette tâche se révèle finalement assez délicate car les juges du fond ont un pouvoir d'appréciation très large. Selon le code du travail, « pour la fixation de l'indemnité à allouer le cas échéant, il est tenu compte des usages, de la nature des services engagés, de l'ancienneté des services combinée avec l'âge de l'ouvrier ou de l'employé, des retenues opérées et des versements effectués en vue d'une pension de retraite... ». En tenant compte de ces divers facteurs, le juge du fond apprécie souverainement le préjudice subi (69) mais la Cour de cassation précise toutefois que les circonstances envisagées par le texte de l'article 23 ne sont pas suffisantes à elles seules pour entraîner l'allocation de dommages-intérêts, le salarié devant prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité (70). L'article 23 permet ainsi au juge, non seulement de tenir compte des situations précisées (71), mais également d'autres circonstances, l'énumération n'étant pas limitative (72). Ce texte

(69) Soc. 28 octobre 1955, I.C.E. 1956-112 ; Soc. 26 juin 1963, J.C.P. 1963-IV-109 ; Soc. 10 juin 1964, Bull. 1964-IV, p. 405 ; Soc. 14 décembre 1966, D. 1967-279.

(70) Soc. 2 février 1950, Droit Social 1950-171 ; Soc. 28 juin 1956, I.C.E. 1957-29 ; Soc. 2 février 1966, Bull. 1966-IV, p. 107.

(71) Soc. 28 novembre 1963, Bull. 1963-IV, p. 681 (nature des services engagés) - Nancy 10 novembre 1959, D. 1960, som. 56 (ancienneté liée à l'âge du salarié et perte subie sur le montant de la retraite) ; Soc. 26 octobre 1965, Bull. 1965-IV, p. 584.

(72) Soc. 26 novembre 1953, Droit Social 1954-411 (contrainte morale) ; Soc. 10 juin 1960, J.C.P. 1960-IV-114 ; Civ. 26 février 1965, Bull. 1965-II-147 (situation inférieure à la suite de la perte de l'emploi).

a permis au juge de pousser ses investigations de façon très large aboutissant ainsi à une réparation la plus complète possible du dommage subi, sans aller toutefois jusqu'à la réparation d'un préjudice aléatoire reposant sur des événements de réalisation incertaine (73). Mais, pour l'évaluation du préjudice le juge doit tenir compte de tous les éléments et notamment de la différence qui existe entre les situations du salarié avant et après le licenciement (74).

Ce texte de l'article 23 ne s'applique pas à la rupture du contrat temporaire, mais rien ne s'oppose à ce que le juge tienne également compte de ces circonstances pour réaliser une indemnisation normale du préjudice résultant de cette rupture (75). On peut, dès lors, espérer, avec une partie de la doctrine, qu'un nouveau rapprochement des régimes puisse ainsi se réaliser (76). Mais un tel rapprochement ne pourra être complet que le jour où les garanties de paiement instituées pour le contrat à durée indéterminée s'appliqueront à l'indemnité allouée en cas de rupture du contrat temporaire.

b) *Les garanties de paiement.*

371. L'article 23, § 11 du Livre I du Code de travail, incorporé par la loi du 13 juillet 1967 à l'article 2104 du Code Civil fait bénéficier du privilège général sur les meubles et les immeubles, l'indemnité de rupture abusive du contrat à durée indéterminée. Ce privilège ne s'applique pas à l'indemnité de rupture du contrat à durée déterminée et la doctrine a depuis longtemps relevé l'injustice d'une telle solution (77). On ne peut que souhaiter une réforme législative sur ce point. Mais le législateur ne semble pas être sur le point de la réaliser puisque la loi du 13 juillet 1967 a maintenu sur ce point les dispositions antérieures.

372. — Le problème de l'indemnisation de la rupture est donc fortement influencé par la distinction des contrats fondée sur la durée. Cette différence de régime applicable, si elle pouvait à la rigueur se comprendre dans le cas des conditions d'exercice de la rupture, ne se justifie absolument plus ici. Elle est due pour une grande part à la sollicitude particulière du législateur pour les salariés liés par un contrat à durée indéterminée, alors que le contrat à durée déterminée est largement ignoré.

Aujourd'hui, la protection du salarié, indispensable eu égard

(73) Soc. 19 avril 1956, I.C.E. 1956-697 ; Soc. 4 octobre 1961, Bull. IV, p. 644 - I.C.E. 1962-513 ; Soc. 22 janvier 1964, Bull. 1964-IV, p. 52.

(74) Soc. 28 novembre 1963, Bull. 1963-IV, p. 681 ; Soc. 4 mai 1966, Bull. 1966-IV, p. 345.

(75) Soc. 18 juillet 1961, J.C.P. 1961-II-12317, dans cette espèce le juge tient compte de la rupture intervenue dans le contrat à durée déterminée « au mépris complet des longs services rendus ».

(76) A. Brun, *opus cité*, p. 342.

(77) P. Durand et A. Vitu, II, n° 475, p. 895 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 281, p. 468.

à la position inconfortable dans laquelle il se trouve face à l'employeur, exige que l'indemnisation de la rupture ne soit pas fonction du choix de la catégorie du contrat, mais tienne seulement compte des réalités économiques et sociales.

Le juge semble le comprendre dans la mesure où il ne tient pas compte des erreurs commises par le demandeur dans son exploit introductif, acceptant que le salarié demande des dommages-intérêts pour « rupture abusive », même si, en réalité, il s'agit d'un contrat à durée déterminée. « La dénaturation des termes légaux du litige » n'emporte plus la cassation et une cour d'appel « saisie de la demande d'indemnité pour rupture abusive et défaut de préavis peut en dépit de l'inexactitude des termes employés allouer des dommages-intérêts pour brusque rupture du contrat sans dénaturer les termes du litige » (78). Pourquoi alors, ce qui est maintenant possible sur le plan de la procédure, ne le deviendrait-il pas sur le plan des garanties ? Le juge admet implicitement l'unification sur le plan de la mise en œuvre de la responsabilité ; l'évolution doit conduire à l'unification des garanties de paiement. L'impératif de la sécurité de l'emploi doit conduire à instaurer une réparation cohérente de la rupture fautive, qui ne soit plus fonction de la distinction entre contrats à durée déterminée ou indéterminée. Le juge étant lié par les textes, c'est au législateur d'intervenir dans le sens d'une généralisation des garanties de paiement et donc dans le sens de l'unité de régime applicable à la rupture fautive. Il s'avère indispensable d'unifier les règles qui régissent l'indemnisation de la rupture fautive. Le problème est analogue d'ailleurs, lorsque l'on envisage les problèmes qu'entraînent la compensation de la perte de l'emploi, indépendamment de l'intervention d'une faute lors de la rupture.

(78) Soc. 8 janvier 1969, I.C.E. 1969-418.

CHAPITRE II

LE PRIX DE LA RUPTURE NON FAUTIVE

373. — Si le principe de la réparation de la rupture fautive est acquis depuis longtemps, il n'en va pas de même de la prise en considération du préjudice particulier que peut subir le salarié lors de la perte de son emploi. On soutient même, de manière générale, qu'un tel préjudice ne peut pas exister et qu'il ne saurait être question de réparation. Ainsi, dans le cadre du contrat à durée indéterminée, on fait valoir que la rupture est la conséquence de l'utilisation d'un droit et en tant que telle elle n'est pas susceptible de dédommagement. De même, dans le cas du contrat à durée déterminée, on doit remarquer que ce sont les parties elles-mêmes qui ont fixé un terme à leurs relations et que l'arrivée de ce terme, au lieu de leur causer un préjudice, tend au contraire à satisfaire leur désir.

En pure logique, ces raisonnements sont cohérents et devraient être retenus si la situation économique et sociale des parties en présence était équivalente. Mais, dans le cadre des relations de travail, l'employeur propose et dispose et, de ce fait, il n'a souvent en vue que la satisfaction de ses intérêts, sacrifiant par là les aspirations légitimes du salarié. La conservation de l'emploi étant de nos jours la revendication première du salarié, l'évolution du droit de travail se traduit par un accroissement des garanties destinées à la lui assurer. Mais les principes généraux qui l'inspirent ne peuvent aboutir à l'instauration d'un droit des salariés sur leur emploi. La seule solution actuellement possible consiste à envisager une compensation pécuniaire de la perte de l'emploi. Ainsi, même en dehors de toute faute commise par l'employeur lors de la cessation des relations contractuelles, le salarié, sous certaines conditions, recevra une somme d'argent destinée à le dédommager.

Mais le caractère déterminé ou indéterminé de la durée du contrat doit-il avoir une influence sur l'octroi de ces « indemnités » ? On a admis assez facilement que l'utilisation du droit de résiliation unilatérale pouvait donner lieu au versement d'une telle indemnité, car, son exercice étant discrétionnaire, la surprise de la rupture peut causer un certain traumatisme au salarié. De ce fait, une évolution remarquable s'est produite qui a

conduit au renforcement de la protection des intérêts du salarié et qui s'est matérialisée par une augmentation notable du coût de la rupture (Section I). Mais, alors que le contrat à durée indéminée se voit ainsi doté d'un statut très protecteur, le contrat à durée déterminée est une nouvelle fois ignoré et abandonné à la libre initiative des parties. Le législateur et les conventions collectives, encore relativement inconscients des dangers présentés par la limitation de la durée des relations, ne se préoccupent pas d'accorder des garanties similaires à celles du contrat à durée indéterminée. Or, les intérêts du salarié sont identiques et le rétablissement d'un certain équilibre est souhaitable. Le problème qui se pose est à nouveau celui de l'extension des garanties au contrat à durée déterminée en vue de parvenir à une unité du régime de rupture (Section II).

Section I. — L'augmentation du coût de la rupture du contrat à durée indéterminée

374. — Lorsque l'employeur prend l'initiative de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée, il peut être astreint à verser au salarié une compensation pécuniaire. Cette pratique est aujourd'hui entrée dans les mœurs, de telle sorte que l'on assiste à une généralisation de l'indemnité de rupture non fautive. Cette indemnité porte soit le nom d'indemnité de licenciement (1), soit celui d'indemnité d'ancienneté. La première qualification révèle le caractère unilatéral d'une telle indemnité qui n'est due qu'en cas de résiliation du contrat du fait de l'employeur. Elle ne bénéficie qu'au salarié et c'est là une nouvelle manifestation du caractère particulier et unilatéral du droit de travail ; seule est prise en considération la partie au contrat devant faire l'objet d'une protection particulière. Mais certains auteurs préfèrent la seconde qualification car, d'une part, elle révélerait mieux « la cause juridique » de l'indemnité et, d'autre part, elle n'est pas la seule indemnité versée à l'occasion du licenciement (2). Quelle que soit la qualification retenue, on assiste à une généralisation de ces indemnités dans le seul cadre du contrat à durée indéterminée (§ 1). Pour pouvoir envisager leur extension au contrat à durée déterminée, il apparaît nécessaire d'en étudier le fondement (§ 2). Selon que l'indemnisation trouve sa source dans le fait du licenciement, dans l'ancienneté du salarié (3) ou dans la considération du préjudice causé par la perte de l'emploi, la possibilité de son extension sera plus ou moins facile.

(1) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 229, p. 392 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 482, p. 905 ; A. Brun et H. Galland, II, 307 ; L. Dupoux, *L'indemnité de licenciement*, Thèse Rennes 1942 ; G.H. Camerlynck, *L'indemnité de licenciement*, J.C.P. 1957-I-1391.

(2) P. Durand et A. Vitu, *opus cité*, eod. loc.

(3) G. Raymond, *L'ancienneté de services*, Droit Social 1967, p. 164 et s.

§ 1. — *La généralisation des indemnités de rupture non fautive.*

375 — Alors que les diverses indemnités de rupture fautive ont fait depuis longtemps l'objet d'une réglementation légale, les indemnités de rupture non fautive ont longtemps été régies par les usages, puis par les conventions collectives. D'apparition relativement récente, leur progression fut telle que la consécration légale, d'abord accordée de façon partielle pour certaine catégories de travailleurs, est intervenue de façon générale par une ordonnance du 13 juillet 1967.

a) *Les indemnités de licenciement conventionnelles.*

376. — Il semble, d'après les auteurs (4), que l'origine de l'indemnité de licenciement se trouve dans un usage de la région de Bordeaux constaté dans un parère du 12 juin 1919 et toujours appliqué de nos jours (5). Il paraît vraisemblable qu'à l'origine, dans cette aire géographique limitée, les contrats de travail contenait des dispositions prévoyant de telles indemnités qui, finalement, donnèrent naissance à l'usage. Mais, à la suite de la loi du 19 juillet 1928 consacrant le principe des indemnités de délai-congé et de rupture abusive, certaines juridiction inférieures eurent tendance à considérer cet usage comme contraire à l'ordre public du fait qu'il ajoutait une nouvelle source de dommages-intérêts au profit du salarié, non prévue par la loi et qui n'avait donc aucun fondement juridique (6). Raisonnant dans une optique très « bourgeoise », les magistrats estimaient qu'une telle indemnité avait un caractère immoral dans la mesure où elle incitait l'ouvrier à un gain illicite en provoquant son propre congédiement et qu'elle risquait d'entraîner pour les employeurs une situation financière dangereuse. A la lecture de tels motifs on se rend compte de l'innovation apportée par ces usages et de la résistance qu'ils entraînent dans les sphères patronales.

Heureusement la Cour de cassation intervint et, par deux arrêts en date des 20 mai et 12 juin 1936, elle affirma la licéité de l'usage de la région de Bordeaux (7). Comme de plus, une loi était intervenue le 30 mars 1935, incorporée au Livre premier du Code du travail art. 29 d et suivants, qui accordait une indemnité de rupture aux journalistes (8), la généralisation de l'indemnité par la voie des conventions collectives ne tarda pas à se réaliser.

377. — Les dispositions des conventions collectives ont essentiellement démontré que cette indemnité correspond aux aspi-

(4) L. Dupoux, *opus cité*, p. 19 et s. ; P. Durand et A. Vitu, *opus cité*, p. 906 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, p. 394.

(5) Soc. 8 janvier 1964, D. 1964-263, note Brethe de la Gressaye ; Soc. 25 mars 1966, Bull. 1966-IV, p. 310.

(6) T. civ. Bordeaux 31 mars 1935, G.P. 1935-2-146.

(7) Civ. 20 mai 1936, G.P. 1936-2-379.

(8) Voir *infra*, n° 379.

rations profondes du monde salarié. En effet, comme le fait remarquer un auteur : « Il est particulièrement significatif que les conventions collectives nationales ayant fait l'objet ces dernières années d'arrêtés d'extension contiennent toutes des clauses particulières, instituant au profit des diverses catégories des indemnités de licenciement » (9). Le législateur a d'ailleurs renforcé cette généralisation. En effet, l'ordonnance du 13 juillet 1967 a complété l'article 31 f du Livre I du Code de travail, relatif aux clauses obligatoires que doivent contenir les conventions collectives susceptibles d'extension. A partir du 1er janvier 1968, ces conventions devront contenir une clause concernant l'indemnité de licenciement.

Cette généralisation de l'indemnité de licenciement s'est aussi effectuée sur le plan des catégories salariales. En effet, au moment de l'apparition de cette indemnité, la doctrine insistait sur le fait que cette indemnité n'était due qu'aux seuls employés, excluant par là son bénéfice aux salariés ouvriers (10). Elle justifiait cette distinction par le fait que l'employé est plus incorporé à l'établissement qui l'emploie que l'ouvrier et qu'il a plus de difficulté à s'adapter à une situation nouvelle. L'évolution intervenue en la matière n'a pas consacré cette différenciation injustifiable en réalité. De nos jours, la plupart des conventions collectives accordent cette indemnité à tous les salariés, la différence n'intervenant qu'en ce qui concerne les conditions d'ouverture ou le montant (11). En général, les conventions collectives consacrent la différence de régime de l'indemnité dans des avenants concernant les ouvriers, les employés et les cadres de l'entreprise, et si les ouvriers ne sont pas mentionnés c'est souvent que l'activité de ces entreprises est de nature libérale ou commerciale (12).

378. — L'indemnité de licenciement est donc devenue un des éléments les plus importants du droit conventionnel (13). Mais, comme pour toute chose, la médaille a son revers qui a d'ailleurs été remarquablement mis en lumière par M. G.H. Camerlynck : « L'inévitable rançon d'une telle souplesse de la convention collective a été la diversité — parfois arbitraire — des statuts, l'inégalité flagrante des avantages offerts aux travailleurs, ainsi que les conflits fréquents engendrés par l'absence de régime juri-

(9) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 232, p. 395, note 1.

(10) L. Dupoux, *opus cité*, p. 17 ; P. Durand et A. Vitu, II, n° 482, p. 906.

(11) Ainsi, un exemple typique est fourni par la C.C.N. des Industries chimiques. Tous les salariés ont droit à une indemnité de licenciement, mais la durée d'ancienneté nécessaire pour y avoir droit varie suivant les catégories de salariés. Il faut 3 ans d'ancienneté si on est cadre (art. 14), E.T.A.M. (art. 21) collaborateur (art. 22). Par contre, il faut avoir 10 ans d'ancienneté si l'on est ouvrier (art. 15 Annexe ouvriers).

(12) Pour des exemples cf. G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, p. 406, n° 238. On peut noter toutefois que la C.C.N. des Transports routiers exclut du bénéfice de l'indemnité les ouvriers. Il en est de même de la C.C.N. de l'Ameublement, 1963, C.C.N. de la Transformation des matières plastiques, 1964, C.C.N. du Travail du bois et des scieries, 1960.

(13) G. Lyon-Caen, *Le droit conventionnel du travail*, D. 1963, chr. p. 15.

dique précis. L'indemnité de licenciement a acquis aujourd'hui droit de cité ; l'institution s'est généralisée et ses grandes lignes se dégagent désormais avec plus de netteté pour lui conférer sa physionomie définitive. Suivant un processus normal, le législateur se doit d'intervenir... » (14). Cet appel a été entendu, puisque l'ordonnance du 13 juillet 1967 a institué une indemnité légale de licenciement, d'une portée limitée certes, mais qui constitue un premier pas dans cette voie.

b) *Les indemnités légales.*

Si la consécration légale de l'indemnité de licenciement fut longue à intervenir, il faut noter que deux lois régissant des catégories spéciales de salariés avaient déjà institué des indemnités de rupture non fautive : l'une consacrée à la rupture du contrat de travail des journalistes, l'autre à la rupture du contrat de travail des voyageurs et représentants de commerce.

1. *L'indemnité de rupture due aux journalistes* (15).

379. — C'est la loi du 29 mars 1935 (art. 29 d et s. du Livre I du Code du travail) qui a institué l'indemnité de congédiement pour le journaliste professionnel. Pourquoi le législateur avait-il pris plus particulièrement en considération la situation des journalistes ? Les auteurs donnent en général deux explications. Pour les uns, l'obtention d'un statut protecteur original est dû « au particularisme évident d'une profession intellectuelle de caractère semi-libéral » auquel il faut ajouter « une importance politique » particulière (16). Pour les autres, c'est l'importance du préjudice causé par la rupture qui a incité le législateur à intervenir (17). En effet, du fait du nombre limité des entreprises de presse, du fait de la spécialisation requise et aussi de l'appartenance politique, le journaliste licencié se trouve souvent devant un grave problème de reclassement. A notre avis, ces deux ordres de considération se complétant, il s'était avéré nécessaire d'assurer l'indépendance et la stabilité de l'emploi de cette catégorie de salariés.

Cette indemnité est due en cas de congédiement du journaliste pour quelque raison que ce soit, mais il est intéressant de relever qu'elle est aussi due en cas de démission dans deux cas prévus par l'article 29 e du Livre I du Code du travail :

— En cas de cession du journal, le journaliste qui refuse de travailler pour le nouvel employeur a droit à l'indemnité. Ici est

(14) G.H. Camerlynck, *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*, Librairies Techniques, 1959, p. 187.

(15) Meynaud, *Le statut des journalistes*, Thèse Paris, 1936 ; J.M. Leloup, *Le journal, les journalistes et le droit d'auteur*, Paris 1963 ; F. Terrou, *Répertoire de Droit Social Dalloz*, v° Journaliste professionnel ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, t. I, p. 503 et s., n° 304 et s.

(16) G.H. Camerlynck et G. Lyon-Caen, *Précis de droit du travail*, 1° éd., n° 276, p. 232.

(17) P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 482, p. 906.

nettement marqué le caractère personnel de la relation de travail. Alors que, dans le droit commun, ce caractère personnel tend à s'estomper dans la mesure où l'article 23 § 7 du Livre I du Code du travail admet la substitution d'employeur, ici elle devient une cause légitime de rupture ayant les mêmes effets qu'un congédiement. On peut ainsi analyser ce changement d'employeur en une modification d'une condition essentielle du contrat de travail qui équivaut à un congé.

— En cas « de changement notable dans le caractère ou l'orientation du journal ou périodique, si ce changement crée pour la personne employée une situation de nature à porter atteinte à son honneur, à sa réputation ou, de manière générale, à ses intérêts moraux » la démission du journaliste aura les conséquences d'un congédiement opéré par l'employeur. L'idée est analogue en ce sens que ce « changement notable » constitue une modification essentielle du contrat. Cette « clause de conscience » (18) permet ainsi au journaliste de sauvegarder son indépendance et de quitter un journal qui serait devenu étranger à ses propres convictions. Cette indépendance morale est sauvegardée, d'autre part, par l'importance du montant de l'indemnité (art. 29 d) qui est de un mois de salaire par année d'ancienneté sans pouvoir aller toutefois au-delà de 15 mensualités.

Cette indemnité due aux journalistes licenciés a pour fondement des données sociologiques et professionnelles particulières qui ne lui permettait pas d'être étendue à tous les salariés. Le législateur, lorsqu'il innove, a toujours tendance à prendre d'abord en considération des intérêts particuliers. C'est ainsi que, peu après, une autre catégorie de salariés devait bénéficier de son intervention.

2. *L'indemnité de clientèle due aux V.R.P.* (19).

380. — Par le fait même du caractère particulier de leurs prestations, certaines personnes sont amenées à procurer à l'entre-

(18) R. Lindon, « *La clause de conscience dans le statut des journalistes* », J.C.P. 1962-I-1669.

(19) G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1948, n° 356, p. 141 ; P. Durand et A. Vitu, t. II, n° 480 et s. *Adde :* Durand, note au Droit Social 1946-339 ; A. Brun et H. Galland, Traité, II, 310 ; G.H. Camerlynck, *Traité de la rupture*, p. 190 - *Contrat de travail*, n° 333, p. 538 ; A. Gaucher-Piola, *L'indemnité de clientèle des voyageurs, représentants et placiers de commerce et de l'industrie*, Thèse Bordeaux 1941 ; G. Ripert, *une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce*, D.H. 1939, p. 1 ; Laborde-Lacoste, *L'indemnité de clientèle des représentants de commerce*, J.C.P. 1942-I-251 ; Ch. Freyria, *Renaissance du formalisme dans le contrat de représentant de commerce*, J.C.P. 1955-I-1238 ; G.H. Camerlynck, *L'indemnité de clientèle du représentant de commerce*, J.C.P. 1957-I-1347 ; M. Meyssan, *Le fondement juridique de l'indemnité de clientèle des voyageurs, représentants et placiers*, R.T.D.Co. 1962-721 et s. ; P. Roubier, note au Droit Social 1939-244 et sous Soc. 19 septembre 1940, J.C.P. 1941-II-1602 ; P. Pic, note sous Soc. 6 juillet 1939, D.C. 1941-I-33 et sous Soc. 12 décembre 1940, 19 décembre 1941 et 8 janvier 1942, D.C. 1944-I-152 ; Mimin, note sous 4 juin 1943, D.C. 1944-6 ; M. Waline, note sous C.E. 21 février 1944, Dalloz 1947-I-5 ; Toujas, note sous Soc. 5 décembre 1941, J.C.P. 1942-II-1894.

prise qui les emploie des débouchés pour ses produits. Ce sont les représentants de commerce qui ont obtenu par la loi du 17 juillet 1937, complétée par la loi du 7 mars 1957, la qualité de salariés. Ces représentants vont donc bénéficier de tous les avantages que le droit commun accorde aux salariés. Mais le travail effectué par ces salariés est spécial. Il consiste essentiellement à développer la clientèle commerciale de leur employeur. Et ce n'est qu'au bout d'un temps plus ou moins long de prospection aride que leur travail devient intéressant sur le plan pécuniaire. Aussi, certains employeurs peu scrupuleux engageaient-ils des salariés représentants, et après leur avoir fait effectuer le pénible travail de prospection les licenciaient pour engager d'autres représentants à des conditions moins avantageuses, prenant pour prétexte à l'égard de ceux-ci que la clientèle était déjà constituée. La jurisprudence avait à plusieurs reprises sanctionné de telles pratiques sur le plan de l'abus du droit de rupture (20). Mais cet effort était insuffisant et le législateur dut intervenir. Le statut des V.R.P., voté le 17 juillet 1937 (incorporé au Livre I du Code du travail art. 29 k et s.), complété par une loi du 7 mars 1957 accorde sans équivoque la qualité de salarié aux représentants de commerce et, point plus original, octroie au représentant congédié une indemnité spéciale dite « de clientèle ». En effet, l'article 29 o du Livre I du Code du travail stipule : « En cas de résiliation d'un contrat fait sans détermination de durée par le fait de l'employeur ainsi que dans le cas de cessation du contrat par suite d'accident ou de maladie entraînant une incapacité permanente totale de travail du voyageur... celui-ci aura droit à une indemnité pour la part qui lui revient personnellement dans l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée créée ou développée par lui... ».

Cette indemnité est due en cas de congédiement de la part de l'employeur donc normalement réservée à la rupture du contrat à durée indéterminée (21), mais il est intéressant de noter que l'indemnité sera due si le contrat cesse par suite d'accident ou de maladie entraînant pour le représentant l'impossibilité de prospecter à nouveau sa clientèle. Cette hypothèse ne peut pas être rattachée à la résiliation du contrat du fait de l'employeur. Il s'agirait plutôt d'un cas de force majeure atteignant la personne du salarié et normalement, dans un tel cas, l'indemnité n'est pas due. Il semble que le législateur ait voulu conserver au représentant le bénéfice de la clientèle que l'incapacité définitive lui fait perdre, le fondement de cette indemnité étant constitué par cette perte (22), ou que l'indemnité soit accordée lorsque la rupture n'est pas due au fait même du salarié.

Ici encore, le législateur est intervenu dans le but de protéger

(20) Req. 31 mars 1931, G.P. 1931-I-842 ; T. civ. Dijon 5 février 1938, J.C.P. 1939-II-1044.

(21) En ce qui concerne son attribution au cas de cessation d'un contrat à durée déterminée, voir *infra*, n° 405, à propos de l'art. 29 o § 2.

(22) Voir *infra*, n° 392.

une catégorie particulière de salariés. L'intervention ultérieure devait être de portée beaucoup plus générale.

3. *L'ordonnance du* 13 *juillet* 1967 (23).

381. — L'ordonnance 67-581 du 13 juillet 1967 impose, d'une part, à tous les employeurs de verser au salarié licencié, comptant une ancienneté de deux ans dans l'entreprise, une indemnité minimum de licenciement dont le taux est fixé par un décret du même jour et qui est fonction de l'ancienneté dans l'entreprise. Elle institue, d'autre part, une indemnité spéciale du même montant que l'indemnité de licenciement et destinée à remplacer au choix de l'employeur le second mois de préavis obligatoire.

L'indemnité légale minimum de licenciement.

382. — Cette indemnité est dite « minimum », car elle ne joue qu'à défaut d'une indemnité conventionnelle plus élevée (24). Elle est donc destinée à combler les lacunes que laisse subsister l'application des conventions collectives. Ces dernières ne couvrant pas toutes les activités salariales, cette indemnité est destinée à réparer le préjudice subi par les salariés qui ne sont pas régis par les dispositions d'une convention collective. On doit noter aussi qu'elle s'appliquera à des salariés qui, en tout état de cause, ne peuvent pas bénéficier de la législation sur les conventions collectives. En effet, selon l'article 3 de l'ordonnance, certains salariés du secteur public seront bénéficiaires de l'indemnité (25).

Mais si son champ d'application est très large, il ne faut pas

(23) F. Saramito, article au Droit Ouvrier 1967, p. 359 ; J. Audinet, *Les nouveaux droits du salarié licencié*, J.C.P. 1967-I-2116 - J.C.P. 1968-I-2137 ; G.H. Camerlynck, « *L'ordonnance du* 13 *juillet* 1967 *relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement* », Droit Social 1968, p. 163 - *Liaisons sociales, Législation sociale*, n° 3347 du 26 mars 1968.

(24) *Contra :* Conseil des Prud'hommes Marseille 12 mars 1968, J.C.P. 1968-II-15521, note critique Audinet. *Adde :* Aix 9e ch. 10 juillet 1968, J.C.P. 1969-II-15723 note critique A. Audinet. Selon les juges du fond : « Conformément au texte de l'ord. du 13 juillet 1967, l'indemnité de licenciement qu'elle prévoit s'ajoute à l'indemnité de licenciement de la convention collective ». Cette interprétation du tribunal est basée sur une mauvaise rédaction de l'art. 4 de l'ordonnance suivant lequel : « Le montant de cette indemnité (spéciale) s'ajoute à celui de l'indemnité de licenciement, *et le cas échéant*, à l'indemnité de licenciement applicable en vertu d'une convention collective ». L'expression « et le cas échéant » semblait pouvoir faire admettre un triple cumul. En fait, cette rédaction ne reflète qu'une alternative. Le Ministre des Affaires sociales a reconnu que cette rédaction était défectueuse mais qu'il n'était pas possible de se méprendre sur le sens du texte si l'on se réfère au mécanisme d'ensemble qu'il institue (J.O.A.N. 26 octobre 1967, p. 4109). Une loi du 17 décembre 1968 vient de trancher la controverse naissante en modifiant l'article 4 de l'ordonnance du 13 juillet 1967 ; elle remplace le terme « et le cas échéant » par « ou le cas échéant ». Dès lors le doute disparaît, le cumul ne peut être envisagé.

(25) Sur ce point précis voir Chronique Audinet au J.C.P. 1967-I-2116.

se leurrer sur l'étendue de la réforme intervenue. Elle a une portée limitée dans la mesure où elle tend simplement à faire acquitter à l'employeur « une note de frais de renvoi » d'un montant légèrement majoré (26). On peut même noter que sur certains points elle est en recul sur le droit conventionnel. En effet, une des conditions d'octroi de l'indemnité légale est que le contrat qui lie le salarié soit à durée indéterminée. Le législateur consacre donc ici la solution la plus dure pour les salariés, solution que la jurisprudence avait tendance à combattre (27). L'indemnité légale ne s'applique qu'en cas de licenciement, c'est-à-dire de rupture du contrat imputable à l'employeur. Cette précision est regrettable et, comme le souligne un auteur : « l'occasion a été perdue de rajeunir notre système, hérité d'un droit civil dépassé, en abandonnant un juridisme formel et étroit » (28).

Toutefois, le contenu positif de la réforme est appréciable. Le législateur a fixé une nouvelle « condition plancher », analogue à celle du salaire minimum interprofessionnel garanti. Tout salarié victime d'un licenciement et comptant deux années d'ancienneté, touchera au minimum cette indemnité de licenciement. Ainsi, le législateur français se met au diapason des législations étrangères (29), montrant ainsi qu'il prend en considération les recommandations formulées par le B.I.T. La brèche étant ouverte, on ne peut souhaiter que son élargissement et l'accomplissement ultérieur d'une nouvelle étape (30).

L'indemnité « spéciale »

383. — Dernière née en date, cette indemnité n'en est pas moins intéressante car sa nature se révèle ambiguë. Nous avons vu que l'ordonnance 67.581 du 13 juillet 1967 accorde aux salariés ayant au moins « deux ans d'ancienneté ininterrompue » dans l'entreprise, un second mois de préavis. On pouvait estimer que cette innovation était heureuse dans la mesure où elle atténuait davantage encore la brutalité de la rupture. Mais le législateur a donné à l'employeur la possibilité d'opter entre l'octroi de ce second mois de préavis et l'allocation d'une indemnité spéciale qui le remplacerait, indemnité proportionnelle à l'ancienneté du salarié et d'un montant égal à celui de l'indemnité légale de licenciement. Le faible montant de l'indemnité conduira l'employeur à opter le plus souvent pour cette solution de remplacement chaque fois que le travail du salarié ne lui sera pas nécessaire.

384. — Cette option offerte à l'employeur a soulevé un problème qui porte sur la nature juridique de cette indemnité spéciale. En effet, que se passe-t-il lorsque le salarié à qui a été faite la proposition de travailler pendant un mois et de recevoir

(26) G.H. Camerlynck, chronique précitée au Droit Social 1968, p. 163.
(27) Voir n° 399.
(28) G.H. Camerlynck, chronique précitée au Droit Social 1968, p. 163.
(29) J. Audinet, *Le licenciement en droit comparé*, R.I.D.C. 1966, p. 365.
(30) G.H. Camerlynck, chronique précitée, *in fine*.

l'indemnité spéciale refuse d'exécuter le préavis de un mois ? Pour déterminer les droits du salarié sur cette indemnité spéciale, il est nécessaire de se prononcer sur sa nature juridique. Participe-t-elle de la nature du délai-congé ou est-elle une indemnité de rupture au même titre que l'indemnité de licenciement ? Le texte qui l'a instituée étant resté muet à ce sujet, il nous faut choisir en faveur de l'une ou l'autre des interprétations. Si l'indemnité spéciale est considérée comme participant de la nature du préavis, le salarié n'y aura pas droit s'il refuse d'exécuter le préavis. Au contraire, si elle participe de la nature juridique de l'indemnité de licenciement, elle est indépendante de l'exécution du préavis et sera accordée même si le salarié refuse d'exécuter le préavis.

La circulaire ministérielle intervenue pour éclairer les dispositions de l'ordonnance penche pour la seconde thèse. En effet, dans les alinéas 9,10 et 11 il est précisé que le salarié resterait créancier de l'indemnité spéciale et serait condamné à payer la différence entre le mois de salaire qu'il devrait à titre de dommages-intérêts et l'indemnité spéciale (31).

La doctrine conteste cette interprétation mais les arguments sont divers. Pour un auteur, le salarié devrait le préavis du droit commun comme s'il avait démissionné, et il perdrait l'indemnité spéciale car il serait considéré comme étant à l'origine de la brusque rupture. Renonçant de ce fait à tout droit de travailler dans l'entreprise, il ne pourrait demander à bénéficier de l'indemnité spéciale qui est une compensation de ce droit (32). Pour un autre auteur, le salarié doit un mois de salaire à titre de dommages-intérêts pour n'avoir pas respecté le préavis et il n'aura pas droit à l'indemnité spéciale « qui compense normalement pour le travailleur le défaut d'octroi d'un second mois de préavis » (33). Ces deux interprétations optent implicitement pour la nature juridique de préavis. Mais la position du premier auteur nous paraît insoutenable car il fait une confusion entre la démission du salarié et l'inexécution des obligations contractuelles pendant le préavis, situations envisagées séparément dans la circulaire ministérielle.

Quelles sont les raisons qui poussent la doctrine à opter pour un rattachement à la nature juridique du préavis ? Sans nier que les motifs de rattachement à l'indemnité de licenciement soient dignes d'être pris en considération, les auteurs pensent que l'objet de cette indemnité et son inclusion dans le mécanisme du délai-congé font que l'on doit plutôt la rattacher au préavis. Elle serait « une indemnité compensatrice de préavis correspondant à la dispense de travail pendant le second mois » (34). En conséquence, elle serait considérée comme telle au regard des garanties de paiement.

(31) Circ. 1-9-1967 T.E. 67/36 B.O.A.S. 1967 ; T.E. 36/6409.

(32) J. Audinet, *Les nouveaux droits du salarié licencié*, Commentaire de la circulaire du 1er septembre 1967, J.C.P. 1968-I-2137, § II *in fine*.

(33) G.H. Camerlynck, chronique précitée.

(34) G.H. Camerlynck, chronique précitée.

Nous ne pensons pas que cette interprétation doive l'emporter et ceci pour plusieurs raisons d'ordre logique et juridique.

385. — En premier lieu, la position de la doctrine est critiquable : il ne faut pas oublier, en effet, que l'option est réservée à l'employeur et non au salarié. Or, si effectivement l'indemnité spéciale est une compensation pour le droit qu'aurait eu le salarié de travailler un mois de plus, il n'en reste pas moins que ce n'est pas le salarié qui a renoncé à travailler pendant le second mois, mais l'employeur qui a renoncé à utiliser ses services. En prenant cette décision au moment du licenciement, l'employeur a fait naître l'indemnité spéciale. Dès le moment où il a pris cette décision, il est seulement en droit de compter sur un mois de travail de la part du salarié et il sait qu'il devra payer cette indemnité spéciale. Lorsque le salarié refuse d'exécuter le préavis d'un mois, le préjudice subi par l'employeur consiste à l'équivalent de la prestation de travail qu'il était en droit d'attendre, soit le salaire qui en valeur représente cette prestation de travail. Mais quant à l'indemnité spéciale, elle est née au moment du licenciement et n'est pas subordonnée à la réalisation effective du préavis par le salarié.

De plus, si on admet que l'indemnité spéciale participe de la nature juridique du préavis, on doit admettre que si le salarié refuse d'exécuter le préavis, il devra payer cette indemnité spéciale en plus du montant du salaire représentant le mois de travail non exécuté. En effet, si l'employeur choisit la solution de deux mois de préavis et que le salarié refuse de l'exécuter, la doctrine admet par application de principes généralement incontestés (35) que le salarié devra à l'employeur une indemnité représentant deux mois de salaires. Dès lors que l'on conclut que l'indemnité spéciale remplace ce second mois de préavis et qu'elle participe de la nature du préavis, on est obligé d'admettre que le salarié refusant d'exécuter le préavis est tenu de payer une indemnité dont le montant correspondra au préavis, soit un mois de salaire plus l'indemnité spéciale qui remplace le deuxième mois. Cette conséquence est absurde et pourtant, en pure logique, elle est la seule valable.

En dehors de ces critiques, des arguments positifs en faveur de l'assimilation de cette indemnité à une indemnité de licenciement peuvent être trouvés. En effet, si on considère d'une part, les modalités de calcul de cette indemnité on est frappé par le parallélisme qui existe entre elle et l'indemnité légale minimum de licenciement. Les deux indemnités sont du même montant car elles sont calculées en fonction de l'ancienneté.

D'autre part, on peut remarquer que si l'ancienneté du salarié est supérieure à vingt années, le montant de cette indemnité sera supérieur au second mois de préavis auquel elle est censée se substituer.

(35) Voir cependant une opinion dissidente, A. AUDINET, chronique au J.C.P. 1968-I-2137.

Enfin, on pouvait se demander si les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 (36), relative au règlement judiciaire et à la liquidation des biens, s'appliquaient à cette indemnité. Cette loi, qui abroge l'alinéa 11 de l'article 23 du Livre I du Code de travail, introduit les dispositions de cet article dans les articles 2101 4° et 2104 2° du code civil. Ces textes prévoient que l'indemnité de délai-congé bénéficie du privilège général sur les meubles et les immeubles. L'ordonnance du 13 juillet 1967 n'ayant pas été incorporée à l'article 23 du Livre I du Code du travail, il a été soutenu que l'indemnité spéciale ne bénéficie pas des garanties prévues pour l'indemnité de délai-congé (37). Mais cette question est maintenant tranchée par une loi du 27 novembre 1968 (38) qui comble la lacune laissée par la loi du 13 juillet 1967. Dorénavant sont privilégiées également les indemnités de licenciement dues en application des conventions collectives et usages et aussi des accords d'établissement et de règlements intérieurs. Seules sont exclues les indemnités de licenciement dues en application d'un contrat individuel de travail. On ne peut donc tirer un argument en faveur de l'une ou l'autre thèse des dispositions de la loi du 13 juillet 1967.

Enfin, on peut tirer un dernier argument d'une lettre adressée au directeur de la F.N.O.S.S. par le Ministre des Affaires Sociales (39). Cette lettre précise : « Un salaire est en principe une somme destinée à rémunérer un service fait ou un service qui aurait dû être fait, alors que l'indemnité spéciale prévue par l'article 4 de l'ordonnance du 13 juillet 1967 se présente comme *un complément de l'indemnité de licenciement,* destinée à réparer en fonction de l'ancienneté de l'intéressé le préjudice subi par le travailleur licencié du fait de la perte de son emploi ».

L'indemnité spéciale de préavis nous paraît avoir le caractère de complément de l'indemnité de licenciement et doit être versée au salarié même si celui-ci refuse d'exécuter ses obligations durant le préavis de un mois qui lui a été accordé. Le salarié sera redevable à l'employeur de la différence entre le salaire d'un mois de travail et le montant de l'indemnité spéciale à laquelle il peut prétendre (40). Il n'en serait autrement que si le refus d'exécuter le préavis auquel il est tenu était analysé comme une faute grave du salarié, excluant par là le bénéfice des indemnités

(36) Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, J.O. 14 juillet 1967, J.C.P. 1967-III-33238.

(37) A. Audinet, chronique précitée. *Contra :* G.H. Camerlynck, chronique précitée.

(38) Loi du 27 novembre 1968, J.O. du 28 novembre 1968, J.C.P. 1968-III-43835.

(39) Lettre n° 51940 du 21 novembre 1967 reproduite dans Liaisons Sociales, Lég. sociale n° 3347 du 26 mars 1968. Dans le même sens : Réponse à question écrite n° 4150 J.O. Déb. Ass. Nat. 14 décembre 1967, p. 5847, J.C.P. 1968-IV-19.

(40) *Contra :* Cons. des Prud'hommes Seine 5 juillet 1968 cité par G.H. Camerlynck, R.T.D.Co. 1968, p. 1150. Ce jugement estime que l'indemnité spéciale « n'est due qu'autant que le salarié dont le contrat a été rompu par l'employeur a accompli intégralement son mois de délai-congé ; que la renonciation par l'intéressé d'exécuter son délai-congé jusqu'à son terme a

de rupture. Mais la Cour de cassation a déjà précisé que le fait pour un salarié de refuser d'exécuter le préavis ou d'abréger son exécution ne le prive pas du bénéfice de l'indemnité de licenciement (41).

386. — Dans l'état actuel du droit, il nous semble que les solutions préconisées par la circulaire ministérielle soient les seules valables, dans la mesure toutefois où l'indemnité spéciale est considérée comme une indemnité de licenciement complémentaire. « Le système peut paraître socialement insuffisant, mais il faut reconnaître son caractère logique et admis en droit comme en fait par le monde du travail » (42).

Hormis ces problèmes particuliers dus surtout au laconisme des textes, il faut admettre que l'ordonnance du 13 juillet 1967 constitue une étape importante dans la voie de la protection du salarié contre la rupture de son contrat à durée indéterminée. Cette importance est due, moins au contenu positif pourtant non négligeable, qu'à la consécration légale générale du principe selon lequel la rupture non fautive peut donner lieu à réparation dans le contrat à durée indéterminée. Mais alors la question se pose du fondement de cette indemnisation.

§ 2. — *Le fondement des indemnités de rupture non fautive.*

387. — La recherche du fondement de ces indemnités de rupture a donné naissance à de nombreuses thèses doctrinales, issues de considérations diverses et parfois discutables. Il est incontestable qu'au départ c'est avant tout une idée d'équité qui a joué. Il a paru difficilement admissible que le droit de résiliation unilatérale de l'employeur puisse être utilisé impunément à l'égard soit d'un salarié ancien, attaché à l'entreprise depuis de nombreuses années et lui ayant donné le meilleur de lui-même, soit à l'égard d'un salarié ayant largement contribué à la prospérité de l'entreprise, et dont l'employeur se débarasserait lorsque son rendement lui paraîtrait être devenu insuffisant. Ces deux principes, ancienneté et apport effectué à l'entreprise, ont parfois été considérés comme le fondement juridique des indemnités (43). Mais si l'indemnité de licenciement et l'indemnité de clientèle des V.R.P. ont fait l'objet de nombreuses études, elles ont toujours été envisagées séparément. En réalité, les diverses indemnités trouvent peut-être leur cause dans la même idée : réparer le préjudice que cause au salarié la perte de son emploi.

entraîné « ipso facto » la perte de l'indemnité spéciale qui lui était intimement liée ». Cette solution n'est valable que dans la mesure où on analyse l'indemnité spéciale comme participant de la nature du préavis. De plus, elle nous semble confondre deux situations différentes : la démission du salarié et le refus d'exécuter les obligations découlant du préavis.

(41) Soc. 20 avril 1960, Liaisons Sociales, Lég. sociale, n° 3347 du 26 mars 1968, p. 5.

(42) G.H. Camerlynck, chronique précitée.

(43) P. Durand et A. Vitu, II, n° 482, p. 905.

a) *Les divers fondements proposés.*

L'indemnité de licenciement et l'indemnité de clientèle des V.R.P. ayant fait l'objet d'études séparées, les fondements qui ont été avancés sont largement différents, quoique parfois l'on puisse reconnaître dans les explications données des idées similaires.

1. *L'indemnité de licenciement.*

388. — Sur quel fondement plus précis que l'équité peut-on asseoir l'obligation pour l'employeur de verser une compensation pécuniaire calculée en fonction du temps passé dans l'entreprise par le salarié congédié ? La doctrine est partagée à ce sujet et a avancé des thèses qui, si elles ne sont pas toutes satisfaisantes contiennent des idées qui auraient pu être retenues.

Certains, dans un essai de dépassement de la notion étroite du synallagmatisme contractuel, estiment que le salaire ne rétribue pas entièrement la contre-prestation de fourniture du travail par le salarié (44). Il y aurait une plus-value impayée qui assurerait le développement et la prospérité de l'entreprise, plus-value dont serait redevable l'employeur au moment de la cessation des relations contractuelles. Il y aurait en quelque sorte compensation de l'appauvrissement subi par le salarié du fait d'une rétribution trop basse de son travail. Le fondement proposé est séduisant. Mais on ne comprend pas pourquoi cette plus-value ne serait payée qu'en cas de licenciement et non en cas de démission, et ne serait due que dans le cadre du contrat à duré indéterminée alors que le même problème se pose pour le contrat temporaire.

Pour d'autre auteurs (45), il s'agirait « d'une dette de reconnaissance contractée par le patron » à l'égard des salariés qui ont participé à l'essor de l'entreprise. Cette thèse, fortement teintée de paternalisme, doit être écartée lorsque l'on se rend compte du nombre de décisions judiciaires auxquelles donne lieu l'exécution de cette obligation « de reconnaissance ». Toutefois, il faut reconnaître que la jurisprudence s'est déjà servie d'un tel support pour justifier l'allocation de l'indemnité. Ainsi, dans un arrêt de 1960, la Cour de cassation parle expressément « d'un engagement pris par l'employeur de récompenser des services à lui fournis et prenant fin » (46). Mais, comme le fait remarquer un auteur, « (il est) étrange et contradictoire que l'employeur manifeste sa reconnaissance au salarié pour sa fidélité à l'instant seulement où il se sépare de lui » (47).

389. — On pourrait soutenir que l'ancienneté constitue le fondement des indemnités de licenciement (48). En réalité, si cette notion peut être considérée comme étant à l'origine de l'idée

(44) G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail*, n° 275.
(45) L. Dupoux, *opus cité*, p. 30.
(46) Soc. 28 mars 1960, Bull. 1960-IV, n° 329, p. 256.
(47) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 353.
(48) P. Durand et A. Vitu, II, n° 482, p. 905.

même de la compensation, elle ne constitue nullement le fondement juridique de l'indemnisation. Elle constitue seulement un élément important de cette indemnisation dans la mesure où elle joue un double rôle. D'une part, elle sert à déterminer le droit du salarié à bénéficier des avantages : elle est alors une condition d'ouverture de ces droits. D'autre part, elle sert à déterminer le montant de l'indemnité de rupture : elle constitue alors un coefficient de calcul de l'indemnité.

— Si l'on se réfère aux sources de l'indemnité, on se rend compte que les avantages concédés sont conditionnés par un temps de présence minimum. Ce délai est extrêmement variable d'une convention collective à l'autre et peut aller de six mois (49) à 10 ans (50) en passant par des stades intermédiaires (51). Quant aux textes légaux, ils subordonnent l'obtention des avantages à deux ans d'ancienneté ininterrompue (52). Pour le calcul de cette ancienneté la jurisprudence a adopté une position restrictive, n'admettant pas que les périodes d'absence qui suspendent le contrat, puissent entrer dans le décompte de cette ancienneté minimum (53), sauf si la convention collective précise qu'elles doivent compter (54). Cette sévérité a surpris la doctrine qui estime que l'ancienneté ne doit pas être rattachée exclusivement à une notion périmée d'exécution effective des obligations contractuelles, mais plutôt à la notion de permanence du lien existant entre les parties au contrat (55). C'est d'ailleurs cette notion qui tend à être consacrée lorsqu'il s'agit de calculer le montant de l'indemnité à laquelle le salarié a droit.

— Il fallait, en effet, trouver un coefficient objectif permettant de calculer l'indemnisation en cas de rupture non fautive. Les conventions collectives et la loi ont eu recours à l'ancienneté, mesure du temps passé au service de l'entreprise. Et, dans ce cas, au contraire de ce qui se passe dans l'hypothèse précédente, la jurisprudence semble pencher pour une interprétation large. Elle tend à considérer les périodes de suspension comme des périodes de travail effectif. Mais on peut difficilement dégager une position de principe dans la mesure où elle s'en tient à l'interprétation de la volonté des parties au travers des clauses des conven-

(49) C.C.N. Personnel des banques, art. 158.

(50) C.C.N. Industries chimiques annexe ouvriers, art. 15 - C.C.N. Industries de fabrication mécanique du verre, avenant ouvrier, art. 14.

(51) La plupart des conventions collectives prévoient trois ou cinq ans. 3 ans pour C.C.N. Imprimeries de labeur et industries graphiques, art. 327 - C.C.N. Industries chimiques (art. 14 - art. 21 annexe E.T.A.M. - art. 22 annexe collaborateur) - C.C.N. Transports routiers annexe employés, art. 14. 5 ans pour C.C.N. Travail mécanique du bois et des scieries, art. 22 avenant collaborateurs - C.C.N. Industries pharmaceutiques - employés art. 16 - E.T.A.M. art. 14, cadres art. 15 - C.C.N. Notariat, art. 47.

(52) Ord. du 13 juillet 1967, § 1.

(53) Soc. 19 juillet 1962-IV, n° 665, p. 545 ; Soc. 9 octobre 1963, J.C.P. 1963-II-13424, note G.H.C. - D. 1964-I-266 et la note - Droit Social 1964, p. 285 ; A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 395.

(54) C.C.N. Imprimerie de labeur et industries graphiques, art. 210.

(55) A. Brun, *opus cité*, p. 397 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 183, p. 324 ; J. Savatier, obs. sous Soc. 9 octobre 1963, Droit Social, 1964, p. 103.

tions collectives (56). Dans le cas des clauses ambiguës ou d'absence de clauses, cette interprétation doit se faire dans le sens le plus favorable au salarié.

La question a été précisée lors de l'application de l'ordonnance du 13 juillet 1967. Dans une circulaire du 21 mars 1968 (57), les services ministériels estiment qu'à raison de la complexité et des contestations auxquelles pourrait donner lieu le décompte, surtout pour les années arriérées, il serait expédient de s'en tenir à la date d'entrée et à la date de cessation du travail de l'intéressé et de comptabiliser intégralement le temps qui sépare ces deux dates. Il faut toutefois noter que les termes de cette circulaire ne s'imposent pas à la jurisprudence.

L'ancienneté joue donc un rôle essentiel dans l'organisation technique de l'indemnisation mais elle n'en est pas le fondement juridique. Pour rendre plus difficile et plus onéreuse la rupture au fur et à mesure de l'écoulement de la durée des relations contractuelles, il fallait trouver un facteur qui varie en fonction de cette durée (57 bis). Ce facteur c'est l'ancienneté, mais ce n'est pas pour cela qu'elle peut être considérée comme le fondement même de l'indemnisation.

Les divers fondements proposés ne sont donc pas satisfaisants. Ils font appel à des notions de « reconnaissance », ou de « compensation d'appauvrissement », notions qui, en réalité, sont étrangères à l'esprit du droit du travail. Toutefois, aucun auteur, à notre connaissance, n'a soutenu que le salarié aurait un droit sur son emploi et que l'indemnité compenserait l'abandon de ce droit comme certains l'ont soutenu pour l'indemnité de clientèle.

2. *L'indemnité de clientèle.*

390. — Comme dans le cas de l'indemnité de licenciement, l'origine doit être recherchée dans des considérations d'équité. Mais si la simple observation de la réalité économique suffit à justifier l'origine de cette indemnité, il n'en reste pas moins que les théoriciens du droit se sont de nouveau partagés sur le fondement de cette indemnité.

Les premiers travaux d'analyse ont dégagé l'idée d'une propriété incorporelle. Pour Ripert, « si le représentant doit être indemnisé pour un apport de clientèle à la maison qui cesse de l'employer, c'est qu'il a un certain droit sur cette clientèle ». La clientèle appartiendrait donc à la fois au représentant et à l'employeur et serait due « à leur collaboration ». De ce fait, « chacun d'eux est titulaire d'un droit à la clientèle et on ne peut dire à l'avance dans quelle proportion car tout dépend des circonstances » (58). Cette explication a été reprise de façon plus nuancée et

(56) Soc. 1er février 1957, inédit, cité par G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 253, p. 428 ; Soc. 8 mai 1961, Bull. 1961-IV, n° 491, p. 396.

(57) Circ. T.E. 18/1968 du 21 mars 1968, J.C.P. 1968, éd. C.I. n° 83734 - Liaisons Sociales, n° 3347 du 26 mars 1968.

(57 bis) Cf. G. Poulain, *L'ancienneté et la discontinuité des services du salarié*, Droit Social 1970, n° de mai.

(58) G. Ripert, D.H. 1939-1.

mieux adaptée à la matière du droit du travail par d'autres auteurs (59). Mais on ne tarda pas à relever que cette explication, certes séduisante, allait à l'encontre du texte de l'article 29 o : cet article n'accorde l'indemnité qu'en cas de licenciement du fait de l'employeur. Or si l'indemnité de clientèle est le prix de la cession de sa part de clientèle à l'employeur, elle doit être versée dans tous les cas de cessation du contrat (60), quelle que soit la cause de la rupture et quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le contrat. La jurisprudence ne s'y est pas trompée. Elle déclare très tôt : « l'indemnité n'est pas le prix de la cession d'une clientèle qui serait passée du patrimoine du représentant dans celui de son employeur » (61).

Tenant compte de cette prise de position de la jurisprudence, les auteurs se sont tournés vers le concept d'enrichissement sans cause (62). Cette conception était d'ailleurs celle du rapporteur au Sénat Raynaldy qui déclarait que pour qu'il y ait lieu à indemnité de clientèle il fallait : « que l'accroissement de la clientèle soit entré véritablement dans le patrimoine du patron, que l'enrichissement soit certain » (63).

Or pour M. Gaucher-Piola, cette thèse de l'enrichissement sans cause est sans valeur car la présence d'un contrat de travail suffit à justifier la totalité de l'enrichissement de l'employeur. L'accroissement de clientèle est le but même du contrat de représentation et l'enrichissement de l'employeur n'est, dès lors, pas dépourvu de cause légitime (64).

Mais malgré la netteté de cette argumentation, M. Camerlynck ne la trouvait pas péremptoire. Selon cet auteur, « à la suite de l'abandon d'une conception individualiste, étroite des droits subjectifs, ni la propriété, ni le contrat ne constituent plus de manière quasi mystique, une source légitime d'enrichissement » (65). Le législateur aurait rejeté le principe que le contrat de travail justifie l'enrichissement que l'employeur tire de l'activité du représentant. De plus, cet auteur fait intervenir la valeur du « portefeuille » de représentation. Dans la pratique le représentant qui cède son activité cède son portefeuille à titre onéreux à son successeur. Or « quand par le procédé de la rupture du contrat l'employeur prétend s'approprier cette valeur particulière, le contrat de représentation n'est plus une juste cause » (66).

(59) J. Rivero et J. Savatier, *Droit du travail*, 1re éd., p. 475.

(60) P. Durand et A. Vitu, II, n° 486, p. 917 ; A. Gaucher-Piola, *opus cité*, p. 27-28 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, n° 333, p. 539.

(61) Soc. 6 juillet 1939, J.C.P. 1939-II-1262 - D.C. 1941-I-33, note P. Pic ; Arrêts récents : Soc. 2 décembre 1964, Bull. 1964-IV, p. 670 ; Soc. 23 mai 1966, Bull. 1966-IV, p. 418.

(62) M. Waline, note sous C.E. 21 février 1944, D. 1947-I-5 ; G.H. Camerlynck, J.C.P. 1957-I-1347. Il faut d'ailleurs remarquer que depuis cette date, cet auteur a nuancé sa position, voir *Contrat de Travail*, n° 334 et 335, p. 540 et 541.

(63) Raynaldy, Rapporteur au Sénat, Séance du 18 mars 1937, J.O. Débats parlementaires 18 mars 1937.

(64) A. Gaucher-Piola, *opus cité*, p. 36-37.

(65) G.H. Camerlynck, chr. J.C.P. 1957-I-1347.

(66) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 334, p. 540.

Toutefois, ce dernier argument peut être contesté dans la mesure où la cession ne peut se faire qu'avec l'agrément de l'employeur qui peut refuser le nouveau représentant (67). De toutes façons, cette théorie de « l'enrichissement sans cause » n'explique pas non plus pourquoi cette indemnité n'est pas accordée en cas de démission du salarié, ni pourquoi, en principe, elle est réservée à la rupture du contrat à durée indéterminée (68).

D'ailleurs, M. Camerlynck nuance sa position primitive et il préfère parler d' « appauvrissement sans cause » en remarquant que la jurisprudence accorde l'indemnité de clientèle « même si l'employeur ne retire *aucun profit du licenciement du représentant* » (69). Ainsi, l'enrichissement de l'employeur trouverait sa cause légitime dans le contrat de représentation ; mais l'économie de ce contrat aboutirait à causer au représentant un appauvrissement dans la mesure où « l'investissement » du salarié dans les premières années du contrat n'aurait pas été compensé par les gains réalisés (70). En effet, certains auteurs ont même allégué que l'indemnité de clientèle serait l'équivalent d'un salaire (71). Cette thèse semblait être corroborée par certaines décisions de jurisprudence. On peut ainsi remarquer que la jurisprudence n'accorde l'indemnité que si la clientèle a augmenté au terme du contrat, en nombre et en valeur. Ainsi, elle exige qu'il y ait une véritable clientèle de façon à ce que la rupture du contrat prive le representant d'un bénéfice sur lequel il pouvait compter (72). Quant au montant de l'indemnité, si les tribunaux ont toute latitude pour l'apprécier, il est tenu compte des divers éléments apportés par l'employeur et destinés à faciliter la tâche du représentant (73). Dans les cas où les dépenses effectuées par l'employeur sont importantes, il va de soi que « l'investissement » du salarié est moindre et que son appauvrissement est beaucoup moins marqué. Il en est de même si l'indemnité de clientèle fait double emploi avec d'autres sommes allouées au cours du contrat et destinées à rembourser le représentant des frais engagés (74). Mais cette thèse rappelle étrangement celle qui a été préconisée pour une autre catégorie d'indemnités, les indemnités de licenciement. Comme elle, elle doit être condamnée car on ne comprend toujours pas pourquoi cette indemnité n'est due qu'en cas de licenciement par l'employeur et non en cas de démission.

(67) M. Meyssan, *opus cité*, p. 26-27.

(68) Nous verrons que l'art. 29 o, § 2 accorde dans certains cas cette indemnité lors de la rupture du contrat à durée déterminée mais dans des hypothèses bien spéciales qui seront expliquées par le fondement que nous donnons à cette indemnité (*infra*, n° 484).

(69) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 334, p. 540.

(70) Voir article de M. Meyssan précité. Pourtant cette théorie récente n'explique pas pourquoi cet investissement ne serait pas remboursé en cas de contrat à durée déterminée.

(71) Note Voirin sous Civ. 20 novembre 1958, J.C.P. 1960-II-11383 ; voir déjà dans ce sens Doublet, D.P. 1938-IV-186.

(72) Soc. 25 juin 1943, Q.P. 1943-256 cité par G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, p. 544, note 5.

(73) Soc. 21 octobre 1964, Bull. 1964-IV, p. 566 ; Soc. 8 mars 1967, Bull. 1967-IV, p. 177 ; Soc. 8 novembre 1962, J.C.P. 1962-IV-162.

(74) Soc. 21 octobre 1964 précité. Douai 20 janvier 1967, D. 1967-461.

Il semblait donc que le fondement de cette indemnité de clientèle fût impossible à dégager. Un auteur en avait d'ailleurs conclu qu'il s'agissait « d'une indemnité » « sui generis » d'ordre spécial dont la raison d'être, sinon le véritable fondement, est un droit sur la clientèle qui, se rattachant nécessairement à un enrichissement de l'employeur, est destiné à réparer le préjudice inhérent à la cessation du contrat » (75). Une phrase de ce genre élude le problème, dans la mesure où elle reprend tous les fondements proposés sans donner d'autres explications ou éclaircissements. C'est un constat de faillite. Pourtant, l'auteur faisait apparaître ce qui peut être considéré comme le véritable fondement de l'indemnité, à savoir la réparation du préjudice inhérent à la cessation du contrat.

b) *Le fondement unique : la réparation du préjudice causé par la perte de l'emploi.*

391. — Les fondements successifs proposés pour les diverses indemnités se révélant décevants à l'analyse, la doctrine se tourna vers la réparation du préjudice résultant de la perte de l'emploi.

Ainsi, Paul Durand voit dans l'indemnité de licenciement une atténuation des dangers résultant de la perte de l'emploi pour une certaine catégorie de salariés, les employés (76). Il relève notamment que l'employé a plus de difficultés à se reclasser par suite d'une intégration plus marquée à l'entreprise qui l'emploie. L'ancienneté des services acquiert ici une valeur particulière qui, utile pour les deux parties au contrat, donne de l'importance à la notion de stabilité de l'emploi. L'employeur trouve avantage à garder un salarié au courant de la marche des affaires, le salarié par contre y trouvant des compensations matérielles dont l'indemnité de congédiement ferait partie. En perdant son emploi, l'employé serait privé de ces avantages matériels. Il trouverait alors une atténuation de ce préjudice dans l'octroi de l'indemnité. Dans un certain sens, c'est un peu l'idée selon laquelle l'indemnité dédommage le salarié non pas « parce qu'il est devenu chômeur, mais en raison de la suppression du statut résultant de l'ancienneté dans l'entreprise » (77). On relève dans cette thèse les notions de préjudice subi par la perte des avantages attachés à l'ancienneté. Et on comprend mieux dès lors que cette indemnité ne soit pas accordée au salarié qui démissionne car il démontre par son attitude qu'il ne subit pas ce préjudice ou du moins que ce préjudice est pour lui inférieur à l'avantage qu'il retire à user de la liberté de quitter l'entreprise.

On fait valoir aussi « le respect de la dignité du travailleur chevronné » (78). L'intégration du salarié à l'entreprise dans laquelle il est employé doit être marquée autrement que par la construction de théories abstraites, et doit se matérialiser dans

(75) A. Gaucher-Piola, *opus cité.*
(76) P. Durand et A. Vitu, II, n° 482 et n° 37.
(77) A. Brun, précité.
(78) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 229, p. 392.

la création de droits particuliers aux salariés qui répondent à certaines conditions d'ancienneté dans l'entreprise. Pour les salariés, « l'ennemi n° 1 de l'entreprise communautaire demeure l'article 23 § 1 du Livre I du Code du travail littéralement et strictement interprété » (79). Et si l'on refuse de s'attaquer au principe même du droit de résiliation unilatérale, il faut faire en sorte que l'employeur ne soit pas tenté de s'en servir sans prendre en considération le préjudice qu'il peut causer.

Le fondement de l'indemnité de licenciement doit être recherché dans l'idée d'une sécurité accrue du rapport contractuel et donc, à l'origine, *dans le sens d'une lutte contre l'exercice du droit de résiliation unilatérale par l'employeur.* La rupture devient extrêmement nocive pour le salarié âgé ou ancien et, dès lors, la notion d'ancienneté va servir simplement de coefficient élévateur du coût de la rupture (79 bis). Et si seul le contrat à durée indéterminée a été pris en considération, c'est parce que l'on a estimé, à tort selon nous, que cette stabilité d'emploi était acquise dans le contrat à durée déterminée ou bien que dans un tel contrat la liberté importait plus que la sécurité.

L'indemnisation réalisée trouve son fondement, sa justification dans le combat engagé contre le risque de la perte de l'emploi, indépendamment de toute autre considération, notamment du caractère régulier ou irrégulier du licenciement. Ce risque existe dans une certaine mesure lorsque le contrat est à durée déterminée et rien ne justifie l'affirmation de l'exclusion de cette indemnité en cas de cessation de la convention temporaire.

392. — Quant à l'indemnité de clientèle, la Cour de cassation, dans son arrêt de principe du 6 juillet 1939, a indiqué son fondement : « L'indemnité a pour but et pour effet d'assurer au représentant, dont le contrat a été résilié par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, *la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison* » (80). Et, dès lors, cette indemnité s'apparente étroitement à l'indemnité de licenciement (81). Comme elle, elle entend réparer le préjudice qui résulte de la perte de l'emploi lorsque la rupture n'émane pas du salarié. Elle est, elle aussi, un *instrument de lutte contre l'exercice du droit de résiliation unilatérale.* Mais, du fait de l'activité particulière de ces salariés, le coefficient élévateur du coût de la rupture n'est pas constitué par l'ancienneté mais par l'augmentation de la clientèle. Toutefois, la jurisprudence tient également compte de la durée des services du représentant dans l'entreprise. En effet, les tribunaux sont réticents pour accorder l'indemnité de clientèle à un représentant en fonction depuis peu de temps et se montrent beaucoup plus compréhensifs pour l'accorder à un

(79) G.H. Camerlynck, La réforme sociale de l'entreprise : un préalable indispensable, la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre, D. 1967, chr. p: 101.

(79 bis) Cf. G. Poulain, Article précité n° de mai de Droit social 1970.

(80) Soc. 6 juillet 1939, J.C.P. 1939-II-1262 — D.C. 1941-I-33 et les notes.

(81) G.H. Camerlynck *Contrat de travail*, I, n° 335, p. 541.

représentant ancien. Cette jurisprudence prend le contre-pied de la thèse de « l'investissement » car dans celle-ci le préjudice est énorme lorque la rupture intervient au bout d'un temps relativement court (82). L'indemnité de clientèle est donc finalement une indemnité légale de licenciement adaptée à une catégorie particulière de salariés.

393. — L'augmentation de la clientèle étant logiquement liée à l'ancienneté, cette constatation permet d'apparenter de façon étroite les deux catégories d'indemnités. Leur fondement juridique est identique. Il s'agit de réparer le préjudice lié à la perte de l'emploi. Et pour que ce préjudice soit calculé de façon équitable, on a attaché à chaque indemnité un coefficient élévateur. Pour les représentants de commerce, c'est l'augmentation de la clientèle qui constituera l'élément de variabilité. Pour les autres salariés, cet élément sera constitué par l'ancienneté acquise dans le cadre de l'entreprise. On peut trouver un argument en faveur de cette assimilation dans la jurisprudence qui refuse le cumul de l'indemnité de licenciement prévue par la convention collective avec l'indemnité de clientèle prévue par le statut légal. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1964 déclare : « Compte tenu des termes de la convention collective... et à défaut de dispositions spéciales, un représentant de commerce, dans cette branche d'activité, ne saurait prétendre, en sus du bénéfice du statut légal et notamment de l'indemnité de clientèle, à l'indemnité de licenciement prévue par ladite convention au profit des seuls cadres salariés » (83), même s'il est affilié à la caisse des cadres (84). Toutefois, le cumul sera autorisé si l'interprétation des clauses de la convention collective le permet.

Si le cumul est refusé, on peut penser que c'est parce que les deux indemnités ont le même objet : réparer le préjudice causé par la perte de l'emploi. Le fondement juridique ainsi déterminé doit permettre de se prononcer sur les conditions d'attribution de l'indemnité au cas de rupture d'une convention à durée déterminée.

Section II. — Le problème de l'unité du régime de rupture

394. — Jusqu'à une époque relativement récente, la doctrine enseignait que les indemnités de rupture non fautive étaient exclusivement attachées au contrat à durée indéterminée (85). Et, à l'appui de leur thèse, les auteurs invoquaient essentiellement l'appellation même de l'indemnité — « de licenciement ou de congédiement » — et le fait que les conventions collectives les attribuent aux salariés victimes d'une mesure de licenciement. Par contre, la convention temporaire qui liait les parties

(82) Article M. Meyssan, précité.
(83) Soc. 21 décembre 1964, Bull. 1964-IV, n° 878, p. 737.
(84) Soc. 20 juin 1962, Bull. 1962-IV, n° 578, p. 472.
(85) L. Dupoux, *opus cité*, p. 53 ; P. Durand et D. Vitu, II, n° 483-1°, p. 907.

ayant pris fin par la seule arrivée du terme, une telle rupture ne pouvait être imputée à l'employeur qui « juridiquement ne licencie pas ».

Un tel raisonnement, imprégné d'un esprit civiliste trop rigoureux et ne prenant en considération que le mécanisme de la rupture, n'emporte pas la conviction. En effet, d'une part, le droit du travail doit se libérer de la tutelle d'un droit civil élaboré en fonction de deux contractants égaux et libres et, d'autre part, « les prérogatives que confère au salarié son ancienneté dans l'entreprise, le souci d'assurer la stabilité de son emploi et la nécessité de réparer le préjudice par lui subi, demeurent les mêmes » (86) que le salarié soit lié par contrat à durée déterminée ou à durée indéterminée. Aussi, une partie de la doctrine s'est-elle élevée contre une telle affirmation, qui d'ailleurs devait être remise en cause par la jurisprudence elle-même (87).

395. — Pour résoudre le problème du dédommagement de la rupture dans le contrat à durée déterminée, il faut se tourner vers le fondement de l'institution dont l'application est discutée. C'est en partant de la nature des indemnités de rupture que l'on pourra résoudre le problème posé par leur octroi au salarié dans telle ou telle catégorie de contrat. La variabilité fonctionnelle de la solution sera marquée par le facteur de diversité introduit par la source même du droit à indemnité, texte légal ou convention collective.

On pourrait penser qu'un tel problème est devenu mineur depuis l'intervention législative du 13 juillet 1967. En effet, celle-ci précise eu égard à la catégorie du contrat qu'elle ne s'applique qu'en cas de rupture du contrat à durée indéterminée. Mais les dispositions de l'ordonnance et du décret ne concernent que les salariés qui ne sont pas régis par des conventions collectives. Dès lors, les études doctrinales et les décisions de la jurisprudence doivent conserver toute leur importance, d'autant plus que cette ordonnance impose la généralisation d'une telle indemnité dans les conventions collectives. Il nous faut donc faire une distinction selon que les indemnités découlent de la loi ou d'une convention, leur nature juridique et par-là même les conditions d'application en étant affectées.

§ 1. — *L'octroi des indemnités conventionnelles au contrat à durée déterminée.*

396. — Les théories bâties à propos du fondement des indemnités ont eu une influence corrélative sur les théories avancées pour déterminer leur nature juridique. Toutefois, la doctrine a souligné que seules deux conceptions principales pouvaient être

(86) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 238, p. 407.

(87) Soc. 17 mars 1960, J.C.P. 1960-II-11666, note G.H. Camerlynck. *Adde :* G.H. Camerlynck, *L'indemnité de licenciement*, J.C.P. 1957-I-1391, n° 6 ; G.H. Camerlynck, *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*, p. 268.

retenues : on peut considérer l'indemnité de licenciement comme un salaire différé ou bien, comme son nom l'indique, comme le mode de réparation d'un dommage (88).

Après avoir envisagé cette seconde option, Paul Durand estimait que l'analyse se heurtait à de graves objections concernant notamment le fait que cette indemnité ne résultait pas de la « commission d'un acte illicite » et, d'autre part, que le montant de l'indemnité ne correspondait pas au préjudice subi. Aussi préférait-il y voir un complément de salaires. « La créance a pour cause l'accomplissement d'un travail et doit être rapprochée des autres indemnités qui constituent au sens le plus large la rémunération de travail. Celle-ci ne comprend pas seulement des salaires remis périodiquement au salarié pour son entretien et celui de sa famille ; une autre partie permet au salarié de subvenir à des besoins futurs » (89).

Cette thèse a d'abord été accueillie par la Cour de cassation qui a jugé que : « L'indemnité de licenciement allouée cumulativement avec le salaire constitue un complément de salaire en rémunération d'un travail accompli dans le passé ; elle constitue un accessoire du salaire principal » (90). De ce fait, la jurisprudence en concluait que l'indemnité était exposée à la courte prescription de la créance de salaire (91). Mais d'autres conséquences de ce caractère n'étaient pas appliquées et Durand admettait que l'indemnité de licenciement présentait des traits particuliers (92).

Cette conception apparut contestable à une autre partie de la doctrine qui fit valoir des arguments contre la thèse du salaire différé (93). On opposa, d'une part, que l'indemnité est subordonnée à la rupture du fait de l'employeur. Elle n'est pas due en cas de démission du salarié, ni en cas de rupture pour cas de force majeure. Si l'indemnité était un salaire capitalisé ce serait « un droit acquis au profit du travailleur », qui devrait lui revenir quelle que soit la cause de la rupture. D'autre part, le calcul de l'indemnité cadre mal avec la nature de complément de salaires. En effet, s'il s'agissait d'un complément des salaires perçus dans le passé, on devrait pour le calcul de l'indemnité se référer à ce salaire passé. Or l'indemnité est calculée, d'après les conventions collectives, sur la base de la rémunération de l'année écoulée (94). D'autre objections furent encore avancées concernant le régime

(88) P. Durand et A. Vitu, II, n° 485, p. 913 ; voir les autres conceptions, qualifiées de secondaires, eod. loc. note 4.

(89) P. Durand et A. Vitu, eod. loc. Dans le même sens, L. Dupoux, *opus cité*, p. 40 et s. ; G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, n° 275 ; J. Rivero et J. Savatier, 4e éd., p. 508 (avec des nuances).

(90) Soc. 19 juillet 1945, G.P. 1945-II-126 - Q.P. 1945, p. 163.

(91) Soc. 19 juillet 1945 précité ; Soc. 16 juillet 1953 cité dans les conclusions Blanchet, Droit Social, 1957-278.

(92) P. Durand et A. Vitu, II, 485, p. 915.

(93) G.H. Camerlynck, *L'indemnité de licenciement*, J.C.P. 1957-I-1391 — *Contrat de travail*, I, n° 236, p. 399 ; A. Brun et H. Galland, II, 309 ; A. Brun, *La jurisprudenc en droit du travail*, p. 351.

(94) G.H. Camerlynck, *opus cité ;* Soc. 8 mars 1956, Bull. 1956-IV, n° 227, p. 166.

appliqué par le fisc à cette indemnité, les modalités de garantie et de paiement, caractères qui vérifient l'autonomie qui existe entre cette indemnité et le salaire (95).

Sensible aux arguments de la doctrine, la Cour de cassation devait opérer un revirement le 9 mars 1957. L'indemnité de licenciement « acquise au salarié par le fait et à l'instant de la rupture du louage de services n'est pas la contrepartie du travail fourni et n'est pas un élément du salaire... » (96). La chambre commerciale devait confirmer ce revirement le 5 février 1958 (97). Dans le cas de faillite de l'employeur, l'indemnité de licenciement n'est pas une dette « dans » la masse mais une dette « de » la masse. Cette jurisprudence est confirmée depuis et la thèse du salaire différé ne peut être appliquée (98).

Le problème, dès lors, reste entier. Aucune thèse ne paraît satisfaisante. Pourtant, la doctrine penche aujourd'hui pour le caractère indemnitaire et essaie dès lors de renverser les arguments que Durand estimait être « de graves objections ». D'une part, on a relevé que l'indemnité ne suppose pas la commission d'un acte illicite et, d'autre part, qu'elle ne dépend pas du préjudice subi. Examinons donc successivement les conditions d'ouverture et l'objet de l'indemnité.

a) *Les conditions d'ouverture du droit à l'indemnité.*

397. — A la différence des indemnités de rupture fautive, l'indemnité de licenciement est due, que la rupture soit régulière ou non. Pour M. Camerlynck, si l'analyse de Durand est en principe exacte, elle doit néanmoins être nuancée. « L'évolution contemporaine du droit du travail a condamné la conception libérale absolutiste du droit de résiliation unilatérale reconnu à l'employeur. Il s'agit moins désormais d'une prérogative discrétionnaire dont un contractant s'est réservé le principe que d'un pouvoir reconnu au chef *responsable* dans l'intérêt présumé de l'entreprise. Considéré dans une telle perspective, cette prérogative comporte des limites ; notamment le droit — consacré par l'usage ou la convention collective — à la stabilité et à la sécurité du travailleur dont la collaboration prolongée a démontré par ailleurs l'aptitude à tenir l'emploi, et auquel le renvoi sans faute porte justement atteinte » (99).

Par la voie des conventions collectives, les salariés ont obtenu que le risque de la perte de l'emploi soit supporté par l'entreprise. C'est une responsabilité d'ordre objectif que l'on pourrait, toutes proportions gardées, comparer à l'article 1384 § 1 du Code civil

(95) G.H. Camerlynck, *opus cité*, p. 400.

(96) Soc. 9 mars 1957, J.C.P. 1957-II-10312 — S. 1958-I-80 — Droit Social 1957-278, conclusions Blanchet — Droit ouvrier 1957-152 ; Soc 2 mai 1957. Droit Social 1957-429.

(97) Com. 5 février 1958, D. 1958-322 — Droit Social 1958, p. 356 — J.C.P. 1958-II-10441, note Nectoux.

(98) Soc. 10 avril 1959, I.C.E. 1959-712 ; Soc. 7 juillet 1961, Bull. 1961-IV, n° 756, p. 595 — J.C.P. 1961-II-12287 bis, note R. Lindon.

(99) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 237, p. 403.

par rapport à l'article 1382. Alors qu'en règle générale toute indemnisation dérive d'une faute, ici elle dérive de la réalisation d'un risque, que les parties ont mis à la charge de l'entreprise et dont l'indemnisation incombe à l'employeur. Point n'est besoin de la faute de l'employeur, son fait suffira. Cette volonté des parties exprimé dans la clause de la convention collective ou dans l'usage doit être considérée comme une clause contractuelle fixant forfaitairement le prix de la rupture lorsque le risque se réalise (100). Cette clause était admise par une jurisprudence déjà ancienne qui estimait qu'elle était valable à condition de ne par « faire échec au droit qu'aurait l'employeur de résilier le contrat à tout moment par l'effet de sa seule volonté » (101). La convention collective, accord des parties, institue une garantie contre le fait de l'employeur consistant en une indemnisation forfaitaire lorsque le risque se réalise.

398. — Dès lors, le véritable problème se situe au niveau de l'interprétation de la clause des conventions collectives qui instituent une telle indemnisation. De ce fait, en matière d'indemnités résultant de la convention collective, il est impossible de dégager un principe, si ce n'est que l'imposibilité d'octroyer ces indemnités au cas de rupture du contrat à durée déterminée ne doit être envisagée que dans le seul cas où la convention collective l'interdit expressément. Il semble que ce soit le cas de certaines conventions qui rattachent directement l'octroi de l'indemnité de licenciement à l'octroi du délai-congé (102). En effet, le délai-congé étant une institution réservée à la rupture du contrat à durée indéterminée, il semble dans un tel cas que le dédommagement de la rupture en cas de contrat temporaire soit exclu.

Par contre, la majorité des conventions collectives contiennent une clause dont les termes sont extrêmement généraux. Ces clauses prévoient une indemnisation de la rupture en cas de licenciement, distincte du préavis, et calculée sur l'ancienneté dans l'entreprise (103). De telles clauses pourraient donner lieu à une interprétation stricte. Ainsi, du fait que les mots « licenciement » et « préavis » y figurent, on pourrait estimer qu'elles se rattachent à la rupture du contrat à durée indéterminée exclusivement. Mais on peut répondre que le mot « licenciement » est pour les travailleurs celui qui désigne la rupture du fait de l'employeur et que, en parlant du préavis, on veut simplement signaler l'indépendance de cette indemnité par rapport à d'autres qui découlent également de la rupture du fait de l'employeur. D'autre part, la jurisprudence ayant à interpréter ces clauses, doit le faire dans le sens qui convient le plus à la matière du

(100) Paris 25 juin 1955, Droit ouvrier 1956-123.

(101) Civ. 8 juillet 1936, S. 1936-I-374.

(102) C.C.N. Transports routiers, Annexe employés, art. 14 : « Dans le cas de rupture du contrat individuel du fait de l'employeur, *entraînant le droit au délai-congé....* »

(103) C.C.N. Industrie pharmaceutique ; C.C.N. Imprimerie de labeur et Industries graphiques ; C.C.N. Ameublement ; C.C.N. Notariat ; C.C.N. Industries chimiques.

contrat (art. 1158 C. civ.). Une interprétation large semble donc s'imposer ici, la tendance du droit du travail étant d'assurer au travailleur qui perd son emploi, la plus large indemnisation.

399. — C'est d'ailleurs dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation le 17 mars 1960 (104). « Justifient légalement leur décision les juges du fond qui, après avoir constaté d'une part que la convention collective prévoyait l'allocation aux collaborateurs *congédiés* d'une indemnité distincte du préavis et tenant compte de leur ancienneté, et, d'autre part, qu'une employée depuis trente ans dans l'entreprise, avait été congédiée pour pour la date à laquelle son dernier contrat de travail, d'une durée de 5 ans, devait prendre fin, sauf renouvellement, en déduisent que les dispositions de la convention collective, ne faisaient pas, pour l'attribution de l'indemnité de licenciement, de distinction selon la durée déterminée ou non, du contrat... ».

On opposera à cette solution qu'il s'agit de l'interprétation de la volonté des parties et que la Cour de cassation peut très bien adopter une position différente dans une espèce analogue. Mais, en réalité, la doctrine fait valoir qu'il serait difficile à la Cour de cassation de prendre une position différente à l'occasion d'un litige concernant l'interprétation de clauses analogues (105). D'autre part et surtout, on doit retenir que la jurisprudence admet le principe de l'indemnisation de la rupture du contrat temporaire du fait de l'employeur. L'indemnité de licenciement conventionnelle n'est pas réservée à la seule rupture du contrat à durée indéterminée. Le point essentiel concerne la responsabilité de la rupture. Du moment que la rupture est imputable au fait de l'employeur, l'indemnisation est possible et souhaitable.

400. — Sur le plan des principes, cette solution est valable. L'ancienneté n'est pas une notion que l'on doive rattacher exclusivement au contrat à durée indéterminée. Un salarié peut très bien être attaché à l'entreprise pour un temps relativement long, soit par un contrat à durée déterminée unique de longue durée, soit par une succession de contrats temporaires. L'important est qu'il y ait continuité dans la prestation des services. On objectera qu'en cas de contrat à durée déterminée de longue durée, la stabilité de l'emploi est acquise pour le salarié par la certitude que ce contrat ne peut prendre fin qu'à l'arrivée du terme. Mais l'indemnité de licenciement n'a pas directement pour but d'assurer la stabilité de l'emploi. Elle a pour but de réparer le préjudice subi du fait de la perte de l'emploi, car la stabilité de l'emploi ne peut être véritablement assurée que par l'interdiction de rompre les relations contractuelles. Peut-on soutenir alors que le salarié lié par contrat temporaire ne subit pas de préjudice ? Certes, il subit un préjudice moindre dans la mesure où il lui est possible de prendre plus facilement ses dispositions,

(104) Soc. 17 mars 1960, J.C.P. 1960-II-11666, note G.H. Camerlynck.
(105) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 238, p. 408.

mais cette seule différence, de portée très faible, ne permet pas de soutenir qu'il n'a pas droit à l'indemnité de licenciement. En effet, le préjudice résultant de la brutalité de la rupture est réparé dans le contrat à durée indéterminée par l'indemnité de préavis et non pas l'indemnité de licenciement. A la rigueur, on pourrait avancer qu'il a renoncé en toute connaissance de cause à l'attribution d'une telle indemnité en acceptant d'être lié par contrat temporaire. Cette objection serait valable si le salarié avait vraiment le choix ou même la possibilité efficiente de discuter de la forme du contrat. En réalité, il adhère aux propositions de l'employeur et, dès lors, cette renonciation n'a plus aucune valeur.

Sur le plan de la technique de la rupture, on pourrait opposer que la cessation du contrat à durée déterminée s'opère par l'arrivée du terme, fait indépendant de la volonté de l'employeur. L'objection est valable lorsque l'arrivée du terme du contrat temporaire marque effectivement dans l'esprit des deux parties, la fin des relations contractuelles, c'est-à-dire dans le cas d'un contrat temporaire par nature. Mais de tels contrats sont par hypothèse relativement courts et ne peuvent aller jusqu'à permettre de remplir la condition d'ancienneté. Par contre, dans la pratique actuelle, les contrats à durée déterminée sont susceptibles d'être renouvelés. Sans parler des contrats à faculté de prorogations multiples, dont nous avons estimé qu'ils étaient en réalité des contrats à durée indéterminée (106), il faut remarquer que le renouvellement est souvent expressément soumis à un nouvel accord. Si on cherche à déterminer la nature de tels contrats, l'analyse conduit à dire qu'il s'agit à chaque fois de contrats distincts (107). Or, le refus d'accord n'est pas juridiquement une rupture, puisque le contrat a pris fin par arrivée du terme. Mais le refus de cet accord de renouvellement constitue, de la part de l'employeur, un acte positif. Dès lors, on peut soutenir que c'est le fait de l'employeur qui cause la rupture des relations contractuelles. Le refus de contracter à nouveau peut s'analyser sur le plan social en une rupture du fait de l'employeur (108). Cette solution, inacceptable pour un juriste pénétré de l'esprit du droit civil (109), doit, à notre avis, être appliquée comme correspondant à la réalité de la situation.

D'un autre côté, il est incontestable que la rupture anticipée du contrat temporaire est due au fait de la partie qui rompt. Ce fait constitue de plus une faute et rien n'empêche le juge du fond, dans l'évaluation du préjudice causé par cette faute, de prendre en considération l'âge, l'ancienneté du salarié et les difficultés aux

(106) Voir *supra*, 1re partie, chapitre 2, n° 118 et s.

(107) Nous avons déjà souligné le danger d'une telle procédure qui tend, en réalité, à tourner les solutions jurisprudentielles sur le délai-congé. Voir dans ce sens : A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 280. Pour la jurisprudence, voir Soc. 6 juillet 1956,, Bull. 1956-IV, n° 436, p. 377 ; Soc. 22 juin 1961, Bull. 1961-IV, n° 683, p. 542.

(108) Dans ce sens, A. Rouast, note sous Soc. 10 février et 5 novembre 1960, D. 1961, p. 249.

(109) Planiol, note sous Amiens 2 janvier 1892, D.P. 1892, p. 489.

quelles ce salarié va se trouver confronté dans la recherche d'un nouvel emploi et de déterminer l'étendue de la réparation en tenant compte du montant de l'indemnité d'ancienneté à laquelle il aurait eu droit si le contrat avait été à durée indéterminée.

401. — Rien ne s'oppose à ce que le contrat temporaire bénéficie du régime de l'indemnité d'ancienneté. Celle-ci ne sera pas due lorsque la rupture n'est pas le fait de l'employeur, notamment en cas de cessation pour cas de force majeure. Lorsque la rupture est causée par un événement remplissant les strictes conditions exigées par la jurisprudence en matière de force majeure, on ne peut soutenir que la rupture soit due au fait de l'employeur. Ce dernier ne fait que constater l'impossibilité de continuer les relations. Il n'y a pas à proprement parler rupture du fait de l'employeur. Aussi, les mêmes principes que ceux relevés en matière de délai-congé doivent-ils s'appliquer.

Mais, en ce qui concerne l'indemnité conventionnelle de licenciement, le régime peut être différent suivant ce qu'ont voulu les parties. Ces dernières prennent d'ailleurs en considération les situations difficiles dans lesquelles elles peuvent, l'une et l'autre, se trouver. Ainsi, il est certes de jurisprudence constante que le simple ralentissement ou même la cessation de l'exploitation par l'employeur ne sont pas des cas de force majeure et sont considérés comme des ruptures imputables à l'employeur (110). L'évolution de la conjoncture économique fait partie du « risque d'entreprise » qui doit être supporté par l'empoyeur (111). Mais les conventions collectives, dans un souci de tenir compte de la difficulté de la situation dans laquelle se trouve l'employeur, admettent parfois une réduction de l'indemnité de licenciement allant jusqu'à cinquante pour cent (112), ou même sa suppression complète (113).

Ce souci de tenir compte de la situation difficile de la partie qui n'exécute pas ses obligations se retrouve lorsque la rupture trouve sa cause dans la personne du salarié, notamment en cas de longue maladie. La longue maladie peut être considérée par l'employeur comme un cas de force majeure l'autorisant à prendre acte de la rupture (114). Cette nouvelle jurisprudence constitue un danger permanent pour le salarié qui devra se garder de tomber malade (115). Tous les avantages résultant de son ancien-

(110) Soc. 7 janvier 1955, I.C.E. 1955-104 — Droit ouvrier 1956-126 ; Soc. 24 mai 1955, I.C.E. 1955-766 ; Civ. 26 mai 1942, J.C.P. 1942-II-1949. *Adde :* P. Durand et A. Vitu, II, n° 470 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 163, p. 291 ; A. Brun et H. Galland, II, 257.

(111) A propos de la théorie du risque d'établissement, voir P. Durand et A. Vitu, II, n° 416 ; G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 241, p. 413.

(112) C.C.N. Imprimeries de labeur et industries graphiques art. 509 (Cadres), art. 408 (Employés), art. 37 (Ouvriers) ; C.C.N. Ameublement, avenant ETAM art. 18 ; C.C.N. Industrie pharmaceutique art. 12 (Ouvriers), art. 16 (Employés).

(113) C.C. Industrie de la Brasserie d'Alsace.

(114) Soc. 14 décembre 1960, J.C.P. 1961-II-11985 ; Soc. 18 novembre 1964, Bull. 1964-IV, p. 631 ; Soc. 8 décembre 1965, I.C.E. 1966-331.

(115) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 166, p. 295.

neté risquent de se trouver réduits à néant. Aussi, les conventions collectives prévoient la situation et cherchent à minimiser la portée. A condition qu'elle ait été dûment justifiée, la maladie entraînant la rupture ne comporte pas suppression de l'indemnité. Cette rupture est considérée comme étant le fait de l'employeur (116), notamment si elle se produit dans un délai spécifié (117). Par contre, le décès du salarié n'est pas une rupture du fait de l'employeur et l'indemnité de licenciement ne sera pas versée sauf si ce décès est postérieur à la rupture du fait de l'employeur, auquel cas les héritiers ont droit à cette indemnité qui est née au moment de la rupture.

Le fait de l'employeur est donc actuellement la condition-clé de l'octroi des indemnités de rupture. La cessation du contrat à durée déterminée peut être le fait de l'employeur et une interprétation normale doit conduire à l'octroi des indemnités de rupture même dans le cas de rupture du contrat à durée déterminée.

b) *L'objet de l'indemnité.*

402. — Aucun auteur ne prétend que le salarié ancien qui perd son emploi ne subit aucun préjudice. Mais on avance que le préjudice est réparé de façon forfaitaire et que cette indemnité est due même si le salarié a retrouvé un nouvel emploi (118).

Le caractère forfaitaire de la réparation ne saurait être une objection valable car le caractère fondamental de la garantie que constitue l'indemnité est précisément d'être forfaitaire. Les parties ont dès l'origine entendu fixer le prix de la rupture en fonction du temps de présence dans l'entreprise. Le caractère forfaitaire de l'indemnisation provient de la difficulté qui existe dans chaque cas de fixer le dommage. L'intention des parties est d'éviter les conflits en fixant d'avance les conditions de calcul de l'indemnisation. Quant au préjudice éprouvé, il ne consiste pas uniquement dans le fait matériel de la perte de l'emploi. D'une part, il peut être moral (119) et, d'autre part, il est surtout constitué par « la perte des avantages attachés à l'ancienneté, droits acquis et droits en formation » (120). Le salarié ancien possédait dans l'entreprise qu'il quitte une situation qu'il ne retrouvera pas dans une autre entreprise. La perte de ces avantages justifie l'allocation de l'indemnité ; contrairement à ce que pensait P. Durand, il existe un préjudice même si le salarié a retrouvé un autre emploi.

Nous trouvons un argument pour soutenir cette thèse dans le mode général d'articulation des indemnités de retraite avec l'indemnité de licenciement. Les indemnités de départ en retraite

(116) C.C.N. Imprimerie de labeur et industries graphiques, art. 207 ; C.C.N. Industrie pharmaceutique, art. 25. Exemple d'application jurisprudentiel ; Soc. 4 décembre 1953, Droit Social 1954-166.

(117) C.C.N. Industries chimiques, art. 7 (Ouvriers, limite 3 ans).

(118) P. Durand et A. Vitu, II, n° 485, p. 914.

(119) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, p. 403.

(120) A. Brun, *La jurisprudence en droit du travail*, p. 353.

sont servies lorsque le travailleur ayant atteint un certain âge, déterminé à l'avance, cesse de travailler, que l'initiative provienne de lui-même ou de l'employeur. En principe, ce sont deux institutions autonomes et leur cumul est possible (121). Comme les indemnités de rupture, elles sont en général proportionnelles au nombre d'années d'ancienneté. La retraite constitue le terme de la carrière du travailleur. Dès lors, lorsque le salarié *est mis* à la retraite, ce salarié, puisqu'il est victime d'un congédiement, aura normalement droit à toutes les garanties prévues en cas de cessation du contrat dû au fait de l'employeur (122). Mais certaines conventions collectives prennent en considération le fait que le préjudice dû à la perte des avantages attachés à l'ancienneté diminue au fur et à mesure que le salarié se rapproche de la retraite. Ainsi, certaines suppriment tout droit à l'indemnité de licenciement lorsque le salarié atteint l'âge de 65 ans (123). D'autres prévoient un régime de transition. Ainsi, la C.C.N. des Transports routiers déclare dans l'Annexe Employés, art. 14 : « Lorsque l'employé licencié a atteint l'âge qui lui permet de bénéficier d'une retraite au titre du régime en vigueur dans l'entreprise, l'indemnité pourra être réduite de 20 % par année en cas de licenciement entre 60 et 65 ans » (124). Enfin, d'autres conventions substituent à l'indemnité de licenciement, l'indemnité de départ à la retraite d'un montant inférieur (125). La différence entre les montants de l'indemnité de licenciement et de l'indemnité de départ à la retraite peut être analysée comme correspondant au montant des avantages attachés à l'ancienneté, le solde qui est dû représentant le préjudice résultant de la perte de l'emploi elle-même. Lorsque le salarié part à la retraite il ne subit plus le préjudice de la perte des avantages attachés à l'ancienneté mais seulement le préjudice de la perte de l'emploi, son nouveau mode d'existence entraînant généralement une diminution des ressources et un surcroît de dépenses (126).

403. — Il semble donc que l'indemnité conventionnelle de licenciement puisse être analysée en une garantie dont le montant varie en fonction d'un élément objectif, l'ancienneté, et ayant pour but de réparer le préjudice causé par la perte de l'emploi lorsque celle-ci est due au fait de l'employeur. La variabilité due au facteur de l'ancienneté est essentielle car elle permet à

(121) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 257, p. 432. *Contra :* J. Rivero et J. Savatier, éd. 1964, p. 490. Ces indemnités de départ en retraite ne doivent pas être confondues avec les prestations de retraite qui sont versées sont par l'employeur, soit par un régime complémentaire auquel l'employeur a cotisé. Paris 23 février 1962, J.C.P. 1962-II-12627, note B.P.

(122) Soc. 6 janvier 1967, Bull. 1967-IV, p. 20 ; Soc. 21 octobre 1964, Droit Social 1965-247, note J. Savatier.

(123) C.C.N. Imprimeries du labeur et Industries graphiques. *Adde :* G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 258, note 5.

(124) Dans le même sens : C.C.N. Industrie chimique - C.C.N. Industries de fabrication mécanique du verre.

(125) C.C.N. Habillement - C.C.N. Meunerie.

(126) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 259, p. 434.

l'indemnité de jouer un double rôle. Rôle préventif d'abord, dans la mesure où elle exerce une pression croissante sur la volonté de l'employeur. Ainsi, au fur et à mesure que l'ancienneté du salarié augmente, la pression exercée contre la volonté de résiliation est plus forte et tend à assurer une protection plus efficace. Rôle réparateur ensuite, dans la mesure où le montant de l'indemnisation croît avec l'ancienneté. Cette indemnisation se révèle ainsi plus complète, dans la mesure où le préjudice croît dans la même proportion que le risque de rupture (127). Mais il est essentiel de relever que rien ne s'oppose à ce que cette indemnisation se fasse dans le cadre du contrat à durée déterminée car les mêmes problèmes concernant le préjudice dû à la perte de l'emploi se posent.

§ 2. — *Le problème de l'octroi des indemnités légales au cas du contrat temporaire.*

Dans le cadre légal il ne saurait être question de rechercher la nature juridique des indemnités. Il faut se reporter au texte pour déterminer les conditions dans lesquelles l'indemnisation doit se faire. Dès lors, il faut faire une distinction essentielle entre l'indemnité de clientèle des V.R.P. et l'indemnité légale de licenciement.

a) *L'indemnité de clientèle.*

404. — Résultant d'un texte, l'indemnité de clientèle n'est due que dans les cas énumérés par ce texte. Or ce dernier fait une distinction selon que la durée du contrat est déterminée ou non.

Dans le cadre du contrat à durée indéterminée, l'article 29 o du Livre I du contrat de travail prévoit deux hypothèses pour l'octroi de l'indemnité : la résiliation du contrat par le fait de l'employeur et le cas de cessation du contrat à la suite d'un accident ou d'une maladie entraînant une incapacité permanente.

La première hypothèse entraîne le caractère d'indemnité de rupture. La Cour de cassation ne s'y est pas trompée qui, dès le 6 juillet 1939, déclarait : « L'indemnité a pour but et pour effet d'assurer au représentant, dont le contrat a été résilié *par suite de circonstances indépendantes de sa volonté,* la réparation du préjudice que lui cause son départ de la maison ».

Elle est due, en premier lieu, lorsque la rupture émane de l'employeur. Dès lors, elle joue le même rôle que l'indemnité de licenciement conventionnelle : rôle préventif et rôle réparateur. Seul le coefficient de calcul du montant de l'indemnité change. La variabilité est ici assurée par la mesure de l'effort accompli et les résultats obtenus dans la création et le développement de la clientèle, critère tenant au caractère particulier

(127) G.H. Camerlynck, *opus cité,* p. 404 ; A. Brun et H. Galland, mise à jour 1962, p. 106.

de la prestation. On peut voir dans cette indemnité une garantie légale instituée dans le cadre « d'une politique systématique de l'emploi » (128). C'est le fait de l'employeur qui est à l'origine du déclenchement de la garantie comme pour l'indemnité conventionnelle de licenciement.

Mais le législateur a été plus loin que ne l'ont fait les parties en matière d'indemnité de licenciement. Le V.R.P. qui est obligé de cesser son activité par suite d'accident ou de maladie recevra la même indemnité au cas d'incapacité permanente et totale. Doit-on alors, a contrario, estimer que l'incapacité partielle entraîne la suppression de l'indemnité ? Cet argument serait absurde car, dans un tel cas, la jurisprudence estime que l'employeur procède à un congédiement en refusant d'utiliser le V.R.P. atteint et que, dès lors, l'indemnité est due en vertu de la première hypothèse : rupture du fait de l'employeur (129). En réalité, le cas de cessation définitive des relations par suite de maladie est un cas de force majeure intervenant dans la personne du salarié. Le législateur n'a pas voulu que ce cas de force majeure puisse bénéficier simplement à l'employeur et faire perdre au V.R.P. le bénéfice de ses efforts. On peut faire un certain rapprochement avec les dispositions des conventions collectives qui accordent l'indemnité de licenciement en cas de rupture pour cause de longue maladie. Raisonnant dans le même contexte favorable au salarié, le législateur estime que le représentant a droit à l'indemnité car la rupture est indépendante de sa volonté. Le souci de protection du salarié est ici évident, car l'accident et la maladie sont indépendants de la volonté de l'employeur et ne devraient pas entraîner l'allocation de l'indemnité. Le législateur a porté son attention plus sur la finalité même de l'indemnisation que sur les causes de la rupture. L'appauvrissement réalisé dans la perte de l'emploi doit être compensé même si, comme dans ce cas, il est réalisé indépendamment de la volonté de l'employeur. Seules la démission du salarié et la force majeure atteignant la personne de l'employeur doivent priver le V.R.P. de cette indemnité. La première hypothèse, parce qu'en quittant volontairement l'entreprise, le salarié démontre clairement qu'il ne subit aucun préjudice et que sa liberté lui est plus précieuse que les avantages découlant de son appartenance à l'entreprise. La seconde, parce que le risque de rupture ne s'est pas réalisé par la volonté de l'employeur qui ne peut en être tenu pour responsable et qu'en général le cas de force majeure qui l'atteint lui est également préjudiciable.

405. — Mais le caractère le plus remarquable de cette indemnité est d'être due dans certains cas de rupture du contrat à durée déterminée. Le législateur a senti toute l'injustice de priver un salarié du bénéfice de ses efforts pour la simple raison qu'il serait lié à l'employeur par un contrat temporaire. L'article

(128) G.H. Camerlynck, *opus cité*, n° 335, p. 541.
(129) Soc. 9 février 1950, Bull. 1950-IV, p. 99 ; Soc. 18 janvier 1967, Bull. civ. 1967-IV, p. 44.

29 o, § 2 envisage la situation : « Tout contrat de durée déterminée comportera un droit à la même indemnité pour le cas où... *du fait de l'employeur,* le contrat serait rompu avant son échéance, ou le contrat venu à expiration ne serait pas renouvelé ». Ainsi, à l'instar de la solution que nous envisageons pour l'attribution de l'indemnité de licenciement conventionnelle, le législateur a très bien compris le problème. Si le contrat est rompu avant le terme, le V.R.P. bénéficiera de l'indemnité de rupture anticipée de l'article 29 m qui trouve sa cause dans la faute de l'employeur et de l'indemnité de clientèle de l'article 29 o qui trouve sa cause dans le fait de l'employeur. Si le contrat n'est pas renouvelé au terme, le V.R.P. ne bénéficiera que de l'indemnité de clientèle car le refus de contracter n'est pas fautif en principe au même titre que l'utilisation du droit de résiliation unilatérale (130), mais le législateur admet ici que le fait de ne pas renouveler le contrat est assimilable à la rupture du fait de l'employeur.

On peut reprocher au législateur de n'avoir pas été jusqu'au bout de sa pensée. En scindant l'article 29 o en deux paragraphes distincts, il a conduit la jurisprudence à refuser le bénéfice de l'indemnité en cas d'accident et de maladie pour le cas du contrat à durée déterminée. Cette solution ne peut pas être justifiée par le fait que l'article 29 o est un « texte d'exception » (131). Il est pratiquement impossible d'expliquer la raison qui a poussé le législateur à établir cette différence. En effet, les arguments avancés pour l'octroi de cette indemnité au cas de maladie ou d'accident entraînant l'incapacité permanente ne tiennent aucun compte du caractère temporaire ou non de la convention. On pouvait même estimer qu'il s'agissait d'une exception à la condition que la rupture soit due au fait de l'employeur dans des cas où la situation du salarié était digne d'intérêt. Une interprétation large de ces exceptions aurait pu conduire à accorder l'indemnité de clientèle dans tous les cas où la rupture n'est pas due au fait du salarié sauf si la cause de cessation est préjudiciable à l'employeur. Dès lors, il s'établit sur ce point une différence que rien ne justifie. La doctrine relève le danger dans le cas où le contrat viendrait à cesser ainsi après plusieurs renouvellements (132). Ce danger peut être combattu de façon efficace si on adopte l'interprétation que nous proposons selon laquelle le contrat à durée déterminée renouvelable est en réalité un contrat à durée indéterminée coupé en périodes pendant lesquelles les parties s'interdisent l'utilisation du droit de résiliation unilatérale. Dans ce cas, ce serait l'article 29 o § 1 qui s'appliquerait et non l'article 29 o § 2 qui serait ainsi réservé aux contrats temporaires qui cessent réellement au terme prévu et pour lesquels la notion d'appartenance à l'entreprise est beaucoup moins marquée.

Néanmoins, le caractère le plus intéressant de la loi est que l'indemnisation du salarié dans le cadre du contrat temporaire

(130) Paris 24 novembre 1961, J.C.P. 1962-II-12632, note B.P.
(131) A. Gaucher-Piola, *opus cité,* n° 100.
(132) G.H. Camerlynck, n° 347, p. 554.

est envisagée. Ce texte constituait l'amorce d'une évolution heureuse vers la protection de l'emploi indépendante du caractère temporaire ou non donné à la convention. Malheureusement, lorsque le législateur est intervenu pour généraliser l'indemnité de rupture non fautive, il en est resté à une conception restrictive qui « se situe à contre-courant de l'évolution » (133).

b) *L'indemnité légale de licenciement.*

406. — Accueillie avec satisfaction par le monde salarié, cette ordonnance du 13 juillet 1967 se révèle à l'étude bien décevante. Le législateur avait l'occasion de sortir des sentiers battus et de continuer l'évolution nettement perceptible dans le statut des V.R.P. Mais, faisant preuve d'un juridisme formel et étroit, l'ordonnance ne prend en considération la perte de l'emploi que dans le cadre du contrat à durée indéterminée. Aux termes de l'article 2 : « A compter de la date de la publication de la présente ordonnance, tout travailleur salarié relevant des activités mentionnées au premier alinéa de l'article 31 du Livre I du Code du travail, *lié par un contrat de travail à durée indéterminée,* et qui est licencié alors qu'il compte deux années d'ancienneté ininterrompue au service du même employeur, a droit... ».

Aussi la jurisprudence qui tend, à juste titre, à voir dans le contrat à durée déterminée renouvelable un contrat à durée indéterminée, prend-elle ici une importance considérable. Mais il n'en reste pas moins que le salarié, lié par un contrat temporaire unique de longue durée, qui arrive au terme de son contrat n'y aura pas droit. Cette solution est absolument contraire aux impératifs d'une politique rationnelle de l'emploi (134) et ne peut que conduire à la floraison des contrats temporaires au détriment du contrat à durée indéterminée.

Le problème de l'uniformisation des régimes quant au dédommagement de la rupture non fautive, qui suivait une évolution tout à fait favorable et logique, vient de subir un coup de frein brutal. Les conventions collectives n'ayant pratiquement pas envisagé le problème du contrat temporaire, la jurisprudence, consciente de l'iniquité d'une telle différence entre les régimes de rupture du contrat de travail, interprète de façon bienveillante les dispositions des conventions collectives et tend à accorder, dans la mesure où l'interprétation de la volonté des parties s'y prête, le bénéfice des indemnités de rupture à la cessation des contrats à durée déterminée. Il faut espérer que devant la volonté nettement affirmée du législateur de réserver l'indemnité de licenciement au cas de rupture du contrat à durée indéterminée, elle ne revienne pas sur son interprétation, favorable au salarié, des conventions collectives. Quant au législateur, après avoir considéré de façon logique le problème qui se posait pour une caté-

(133) G.H. Camerlynck, chronique au Droit Social, 1968, p. 163 ; « L'ordonnance du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables au cas de licenciement ».

(134) G.H. Camerlynck, *Contrat de travail*, I, n° 298, p. 409.

gorie particulière de salariés, position qui laissait augurer une solution générale satisfaisante, il en revient à une conception périmée qui ne peut avoir pour conséquences que de pousser les employeurs à choisir la forme de contrat qui leur permet d'échapper au versement des garanties instituées dans le cadre d'une politique rationnelle de l'emploi. Le fossé qui tendait à se combler de façon logique entre les deux catégories de contrat, risque, à la suite d'une telle disposition, de se creuser à nouveau (135).

407. — La solution équitable du problème nous vient encore du droit italien. En effet, depuis la loi n° 230 du 18 avril 1962, la tendance est d'assurer l'égalité de traitement entre le travailleur à terme et le travailleur lié par un contrat à durée indéterminée, « dans les limites de ce qui est objectivement compatible avec la nature du contrat à terme » (136). Cette loi supprime la différence instituée par le Code civil, à savoir la limitation au seul salarié lié par un contrat à durée indéterminée du droit à l'indemnité d'ancienneté en cas de cessation du rapport de travail. L'article 5 § 2 de la nouvelle loi dispose qu'« à l'expiration du contrat (à terme) il sera payé au travailleur une prime de fin de contrat proportionnelle à la durée du contrat et égale à l'indemnité d'ancienneté prévue dans les conventions collectives ».

Une telle solution introduite dans le droit français aurait le mérite de rétablir un équilibre qui ne peut être consacré tant que l'on verra dans le contrat de travail à durée déterminée une forme contractuelle indépendante. Par la fixation d'un terme, la structure même du contrat de travail n'est pas modifiée et le rapport de travail entre les parties est identique. La compensation de la perte de l'emploi devrait être réalisée indépendamment du caractère temporaire ou non de la convention, dans la mesure où l'ancienneté requise est acquise. Mieux même, en s'inspirant des données de l'article 29 o § 1, on pourrait songer à faire supporter la charge de cette indemnisation à l'entreprise chaque fois que la rupture est indépendante de la volonté du salarié, à l'exclusion des cas où l'événement qui met fin aux relations entre les parties est préjudiciable à l'entreprise elle-même. Le dédommagement de la rupture ne doit plus être fonction de la distinction des contrats de travail fondée sur la durée, mais doit s'insérer dans une politique générale et systématique de sécurité de l'emploi.

(135) Il faut toutefois remarquer que le texte de l'ordonnance du 13 juillet 1967 émane du gouvernement. Si le texte avait été voté par le Parlement, il est vraisemblable que le contrat à durée déterminée, notamment en ce qui concerne le renouvellement, aurait été envisagé, comme c'est d'ailleurs le cas dans des lois plus récentes, telles que celles du 27 décembre 1968 et du 13 novembre 1969 sur la protection des délégués syndicaux et représentants du personnel. Cf. *supra*, II[e] partie, Titre Premier, Sous-Titre II, Chapitre I, n° 233 bis.

(136) L. Mengoni, *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, p. 485.

408. — Si une uniformisation des régimes s'imposait dans le cadre des conditions d'exercice de la rupture, elle s'impose avec encore plus d'évidence en ce qui concerne les conséquences de la rupture. Que celle-ci soit fondée sur l'attitude du cocontractant, ou sur les nécessités techniques de l'entreprise, qu'elle soit fautive ou non, il n'y a pas lieu de faire de distinction selon que le contrat est ou non à durée indéterminée. La situation du salarié dont le contrat est rompu est identique. En cas de rupture fautive de la part de l'employeur, le but à atteindre est la réintégration du travailleur dans l'entreprise. Cet objectif étant encore lointain, il importe d'harmoniser la réparation du préjudice que le salarié éprouve tant sur le plan de la mise en œuvre de la responsabilité que sur le plan des garanties de paiement. Lorsque la rupture ne peut être considérée comme fautive, il faut admettre que la perte de l'emploi puisse causer une gêne considérable pour le salarié et donne lieu à une indemnisation. Le prix de cette rupture est forfaitaire et est directement fonction de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise. Cette ancienneté est totalement indépendante du caractère limité ou non des relations de travail. Or il semblerait que le législateur français rattachât systématiquement l'indemnisation au caractère indéterminé du contrat. C'est une erreur qu'il doit réparer et pour ce faire il doit s'inspirer de la jurisprudence qui tend à accorder ces garanties au contrat à durée déterminée si les parties à la convention collective n'ont pas précisé l'exclusion. L'unité de régime est nécessaire qui donnerait au problème de la distinction des contrats une importance moins considérable et permettrait ainsi une plus grande part de justice dans les relations de travail.

CONCLUSION

409. — « Qui dit contractuel, dit juste ». Ce vieux brocard juridique, symbole de la règle générale de l'autonomie de la volonté, a conduit à admettre que les individus aménagent, à leur gré, les rapports contractuels. Le contrat de travail, à l'origine, n'a pas échappé à ce mythe de la liberté individuelle et le postulat d'égalité, base du système civiliste traditionnel, se trouve encore en grande partie consacré dans le cadre des relations de travail et notamment lors de leur rupture. Mais l'évolution constante du droit du travail cherchant à se dégager de la tutelle étouffante des principes du droit civil, tend à remettre en cause cette notion traditionnelle d'égalité contractuelle et s'attache à corriger les injustices résultant de l'inégalité de fait qui existe entre les deux partenaires au contrat de travail. Cet effort, remarquable dans son principe, a toutefois abouti à des conséquences inattendues dans le domaine de la fixation de la durée du contrat.

Le droit de résiliation unilatérale présentait un tel danger pour la sécurité des relations contractuelles, qu'il parut nécessaire de l'entourer d'un ensemble de garanties, constituant aujourd'hui un véritable statut de la rupture dans le contrat à durée indéterminée. Or, en renforçant de manière notable la protection du salarié dans cette catégorie de contrat, le droit du travail cherchait essentiellement à rétablir l'égalité avec le salarié lié par un contrat à durée déterminée. Mais, l'effort ayant été mal dosé, le point d'équilibre recherché s'est trouvé largement dépassé et l'inégalité reparaît au détriment cette fois de cette forme de contrat. On assiste dès lors à une floraison remarquable de contrats à durée déterminée, ou voulus tels par les employeurs peu soucieux de supporter les charges imposées par le statut de la rupture dans le contrat à durée indéterminée. Fidèle au mouvement de balancier qui lui est propre, le droit du travail se devait de réagir et de concentrer ses efforts sur la recherche d'un nouveau point d'équilibre.

La réaction n'a d'ailleurs pas tardé à se faire jour. Elle est l'œuvre de la jurisprudence dont le système se caractérise par une action menée sur un double plan : — réagissant, d'une part, au fait que la qualification est essentiellement l'œuvre de l'employeur, elle adopte sur ce plan une position restrictive et enferme le contrat à durée déterminée dans des limites étroites ; — d'au-

tre part, sur le plan du régime de la rupture, elle fait un effort considérable pour adapter le statut particulier de la rupture du contrat à durée indéterminée à certaines hypothèses de cessation du contrat à durée déterminée.

410. — Sur le plan de la qualification, l'action du juge se manifeste dans le sens d'une limitation stricte de la catégorie des contrats à durée déterminée. Ayant pour mission de tracer une frontière entre les domaines respectifs des deux catégories de contrats, il applique de façon restrictive l'article 20 Livre I du Code du travail en précisant de façon très minutieuse ce que l'on doit entendre par contrat à temps et par contrats conclu pour une entreprise déterminée. C'est ainsi que seuls seront considérés comme contrats à durée déterminée ceux dans lesquels la limitation de la durée est certaine et précise. C'est dire que la détermination de la durée doit être absolue. Non seulement le terme doit correspondre dans l'esprit du salarié à un moment déterminé ou déterminable, sur lequel la volonté des parties ne doit avoir aucune influence, mais encore et surtout, il doit marquer de façon inéluctable la fin des relations contractuelles.

— *Le contrat à durée déterminée ne comporte aucune faculté de résiliation avant terme.* Cette précision, dégagée de l'analyse des décisions jurisprudentielles, conduit à appliquer les règles de rupture au contrat à durée déterminée *aux seuls contrats temporaires par nature.* Entrent dans cette catégorie, les contrats dont il est d'usage qu'ils soient temporaires et notamment les contrats saisonniers. Ce caractère limité de la saison est bien connu des professionnels, et il s'agit ici de l'application pure et simple de l'article 21 Livre I du Code du travail, selon lequel, l'usage, à défaut de convention contraire, règle la durée du contrat. Y entrent également les contrats conclus pour une « entreprise déterminée », ce qui s'entend d'une tâche *précise* dont la date d'achèvement marque seule la fin des rapports, juridiques entre les parties. Enfin, y entre aussi le contrat à temps, c'est-à-dire celui conclu de date à date, pour lequel le juge est lié par la *volonté claire et précise* des parties qui ont entendu se lier jusqu'au terme prévu. Toute possibilité de résiliation anticipée par volonté unilatérale des parties, c'est-à-dire toute combinaison des critères de chacune des catégories de contrat, entraîne la qualification de contrat à durée indéterminée. Le juge a donc acquis une claire conscience du concept de détermination dans le fait qu'il exige que le contrat ne puisse être rompu avant l'arrivée du terme.

— *Mais, d'autre part, le contrat à durée déterminée ne comporte aucune possibilité de prolongation* à l'arrivée du terme. Celui-ci met normalement fin aux rapports des parties. Toute prorogation prévue ou non du contrat a pour effet de disqualifier la convention qui devient à durée indéterminée. En la matière, le juge a en grande partie résolu le problème, mais il reste encore souvent prisonnier de la qualification donnée par les parties. En effet, bien qu'il leur applique, à juste titre, le statut du contrat

à durée indéterminée, le juge continue à parler de contrats à durée déterminée. Nous pensons avoir montré, à l'évidence, que ces conventions apparemment temporaires, sont en réalité de véritables contrats à durée indéterminée, dans lesquels les parties ont réglementé l'usage de leur droit de résiliation unilatérale, se réservant de ne l'utiliser éventuellement qu'à certaines périodes précisées d'avance. L'indétermination est moins grande, mais elle existe. Le changement d'optique est radical, et si la jurisprudence continue sur sa lancée, elle fera, petit à petit, disparaître les quelques îlots de résistances qui subsistent encore et qui masquent, aux yeux de nombreux auteurs, la logique certaine de sa construction. A l'achèvement de celle-ci, seuls les contrats temporaires par nature revêtiront la qualification de contrats à durée déterminée.

411. — Sur le plan du régime de la rupture, l'action du juge se manifeste dans le sens d'une extension du statut du contrat à durée indéterminée à quelques hypothèses de rupture du contrat à durée déterminée. Non content d'agir déjà de façon très marquée sur le plan de la qualification, le juge poursuit donc son effort sur le plan du régime de la rupture. Il le fait notamment en interprétant très largement les clauses des conventions collectives et en ne tenant pas compte de la catégorie à laquelle appartient le contrat chaque fois que l'imprécision ou l'ambiguïté de la clause le lui permet. Il le fait également en assimilant les refus de renouvellement du contrat à durée déterminée en des manifestations de volonté unilatérale qu'il analyse, à juste titre d'ailleurs, en exercices d'un droit de résiliation unilatérale. Il suit de là que, dans de nombreux cas, le salarié bénéficie du statut favorable de la rupture du contrat à durée indéterminée, obtenant soit une indemnité de préavis, soit une indemnité de licenciement, voire même une indemnité de rupture abusive.

Mais cet effort de la jurisprudence, au demeurant non négligeable, se révèle finalement insuffisant dans la mesure où elle ne peut s'attaquer fondamentalement au contraste existant entre les deux régimes de rupture. Le problème reste constamment posé et il nous apparaît que la solution ne puisse être recherchée que dans l'établissement d'un droit commun de la résiliation, qui permettrait ainsi de réduire l'importance anormale prise par la distinction des contrats de travail fondée sur la durée. Il faut alors se tourner vers le législateur, aux fins de confirmer l'action du juge et surtout de l'achever en supprimant les obstacles de caractère technique qui se dressent devant lui.

412. — Doit-on, imitant en cela le droit italien, instaurer une limitation légale du contrat à durée déterminée ? Le droit italien pose, en effet, une liste des contrats à durée déterminée qui présente de très nombreux points de similitude avec celle que nous pourrions dresser à la suite de l'étude de la jurisprudence française. Une telle intervention aurait pour résultat de clarifier la situation et, en instaurant la catégorie exceptionnelle des contrats

à temps, d'ériger par contrecoup le contrat à durée indéterminée en principe. Les partisans d'une simplification radicale de la question ne peuvent que souhaiter une telle intervention. En effet, l'idée est séduisante et a déjà été proposée au législateur français, qui, jusqu'à présent, l'a toujours repoussée.

Ce refus du législateur d'intervenir à ce propos, nous paraît sage et ceci pour deux raisons principales. D'une part, la loi aurait pour résultat de cristalliser une situation à un moment donné et il n'est pas certain que, les conditions venant à changer, elle ne se révèle finalement contraire à son but. D'autre part, pour empêcher que l'on ne puisse tourner la loi, mais aussi pour tenir compte de toutes les situations particulières, le législateur serait obligé de préciser à l'extrême les diverses catégories de contrats temporaires, aboutissant ainsi à rendre le texte complexe et peut être même à des questions d'interprétation délicates. Bien plus souhaitable en la matière nous semble la souplesse de l'intervention du juge qui lui permet, certes parfois après quelques tâtonnements, de s'adapter aux nombreux cas particuliers soumis à son arbitrage. L'imagination humaine pouvant se révéler fertile, il ne paraît pas opportun que le juge puisse se trouver bloqué par les catégories instituées par la loi et dont il ne pourrait sortir pour rétablir une indispensable justice. Aussi, dans la mesure où le juge français limite fermement le contrat à durée déterminée aux contrats temporaires par nature et, de plus, paraît vouloir s'orienter, comme c'est le cas en droit allemand, dans la voie d'un contrôle de l'opportunité du choix effectué par l'employeur pour les contrats de date à date, n'admettant la limitation de la durée que lorsque celle-ci est faite dans l'intérêt des deux parties, il ne nous paraît pas souhaitable d'enfermer son action dans le cadre rigide d'une loi dont il lui serait extrêmement difficile de s'évader.

413. — Tout différent, par contre, se révèle être le problème de l'unification des régimes de rupture. Le contraste relevé dans la situation du salarié, selon qu'il est lié par un contrat à durée prédéterminée ou non, dérive d'une analyse civiliste rigoureuse qui apparaît aujourd'hui largement dépassée. Que le contrat de travail conserve sa primauté en tant que source des règles applicables ou relations de travail ne paraît pas pouvoir être sérieusement contesté, à la condition que le régime de la rupture soit marqué par des infléchissements sérieux aux règles du Code civil, non en fonction du caractère limité ou non de la durée du contrat, mais en fonction du caractère d'inégalité de la position respective des parties dans le choix de cette limitation.

En pure logique juridique, toutes les différences relevées entre les régimes de rupture sont fondées et les raisons avancées paraissent irréfutables. Mais c'est oublier que cette logique rigoureuse a pour base le faux postulat de l'égalité des parties ! Doit-elle, dès lors, prévaloir sur les impératifs sociaux ? Le droit doit-il se mettre au service du plus fort pour lui permettre d'échapper à des règles équitables ? Le problème, primitivement technique,

de la distinction est largement débordé par le problème humain plus angoissant de la sécurité de l'emploi. A travers cette question purement juridique de la distinction des contrats fondée sur la durée, transparaît en filigrane la question sociale, de loin plus grave, de la situation du travailleur. Le besoin de sécurité de l'emploi vient au tout premier rang de ce qui est indispensable à l'équilibre élémentaire d'une existence de salarié. Et si l'effort du juge est normalement limité par l'aspect juridique et technique du problème, c'est au législateur de faire en sorte qu'une différence de statut social ne puisse découler de cette limite.

Cette intervention du législateur est nécessaire tant en ce qui concerne les conditions dans lesquelles s'exerce la rupture que dans ses conséquences. Mais elle doit faire la part de ce qu'il est souhaitable et de ce qu'il est possible de réaliser. Autrement dit, la revendication d'un statut unique de la résiliation du contrat de travail doit tenir compte de deux facteurs antithétiques : d'une part, la garantie maximum de conservation de l'emploi pour le salarié, d'autre part, les intérêts de l'entreprise. Une solution transactionnelle est indispensable, mais il est nécessaire que la distinction ne joue plus le rôle limitatif qui était le sien chaque fois que le législateur est intervenu.

414. — Sur le plan des conditions dans lesquelles la rupture s'exerce, il faut distinguer selon qu'elle procède du caractère successif ou synallagmatique du contrat.

Pour ce dernier, la distinction ne doit pas jouer. L'évolution a été trop loin en permettant à l'employeur de rompre immédiatement les relations contractuelles, ce qui a pu faire croire que la résiliation unilatérale devenait l'unique instrument de rupture, la résolution judiciaire de l'article 1184 du Code civil étant reléguée au rang d'accessoire. Mais il faut critiquer avec vigueur cette déformation des règles qui sacrifie allègrement les intérêts du salarié sur l'autel des prétendus intérêts de l'entreprise. Que l'urgence de la rupture soit parfois certaine ne permet pas d'élever la résiliation unilatérale au rang de règle commune. En effet, on peut suggérer à cet égard l'institution d'une mise à pied, non pas disciplinaire mais préventive, dont la construction reste d'ailleurs à faire, mais qui, en sauvegardant les intérêts de l'entreprise, permettrait par la même occasion au salarié de conserver une option certaine sur la sauvegarde de son emploi. Cette mise à pied pourrait servir, à l'instar de celle instituée pour les délégués du personnel, à instruire l'affaire et à éviter les ruptures injustifiées. Le régime serait commun à tous les contrats et permettrait de rétablir un contrôle a priori du juge ou éventuellement à un arbitre de trancher le différend. La seule condition indispensable serait une limitation stricte de la durée de cette mise à pied aux fins de ne pas mettre le salarié dans une situation plus difficile que celle dans laquelle il serait si le contrat avait été immédiatement rompu.

En ce qui concerne le caractère successif, le problème se révèle plus délicat car la différence de régime découle normalement de

ce caractère. Les seuls problèmes à envisager sont ceux touchant au contrôle des motifs de rupture et à l'instauration d'un délai de prévenance ou de garanties destinées à sauvegarder les moyens de subsistance du salarié et de sa famille. Sur le plan du contrôle des motifs, seule l'arrivée du terme extinctif en exclut l'utilité. Toute autre modalité de rupture doit permettre au juge de vérifier si elle ne porte pas atteinte aux droits et intérêts du salarié, et le législateur serait bien inspiré en s'alignant sur le droit italien qui exige que ce soit à l'employeur de faire la preuve de l'obligation dans laquelle il se trouve de se séparer du salarié, ou sur le droit allemand qui sanctionne les ruptures qui ne sont pas socialement justifiées. Quant à l'aménagement du caractère brutal de la rupture, si effectivement le salarié est largement averti du moment de cessation des relations contractuelles dans le cadre du contrat à durée déterminée, il n'en reste pas moins que certaines garanties pourraient être utilement étendues. C'est ainsi que l'usage « des deux heures » prévues pour permettre au salarié de rechercher un nouvel emploi, n'a aucune raison d'être influencé par la distinction. De même, l'institution d'un « congé », obligeant le contractant, qui ne veut pas continuer les relations après l'arrivée du terme, à avertir son cocontractant ne nous paraît pas inutile, d'autant qu'il semble que ce soit devenu une règle générale des contrats successifs, bail, assurance, etc. Et si à ce délai de prévenance devait de plus en plus se substituer l'équivalent du salaire ou même des garanties pécuniaires indépendantes du travail effectué, le problème change alors de face et l'uniformisation du régime applicable n'en est que facilitée.

415. — Et l'on passe, dès lors, insensiblement du terrain des conditions de la rupture à celui de ses conséquences. Dans ce cas, la conception civiliste étriquée, selon laquelle la prestation de travail fait naître corrélativement le salaire, fait place à une conception plus large d'appartenance du salarié à une communauté (137) et le problème de la distinction devient alors accessoire. Peu importe que le contrat qui lie les parties soit ou non à durée limitée ; le seul fait d'avoir exécuté les obligations de manière obligatoirement successive, pendant un laps de temps minimum, suffira à l'évidence à démontrer l'appartenance du salarié à l'entreprise. L'ancienneté, qui de façon tout à fait arbitraire, semble à l'heure actuelle être réservée à la seule catégorie des contrats à durée indéterminée, ne doit pas être fonction d'une donnée technique dépassée, la distinction des contrats fondée sur la durée. S'il faut néanmoins admettre que les garanties concédées doivent faire la part de ce qui est objectivement possible en fonction de la nature même du contrat temporaire, il est aisé d'affirmer que le contrat temporaire par nature n'a pas vocation, en raison de sa longueur généralement réduite, à béné-

(137) G.H. Camerlynck, *La réforme sociale de l'entreprise.* Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre, D. 1967-101 ; A. Brun, *Le lien d'entreprise,* J.C.P. 1962-I-1719.

ficier de ces avantages. Mais il faut nuancer cette affirmation. Rien n'empêche, malgré le caractère temporaire, une possibilité d'appartenance à l'entreprise. C'est notamment le cas du contrat saisonnier dans lequel cette appartenance ne saurait être exclue uniquement en raison de la discontinuité des prestations, exigée d'ailleurs par le caractère même du travail. C'est le cas également du contrat à durée déterminée de longue durée pour lequel il paraît difficile de soutenir que la stabilité initiale du contrat implique la négation de l'ancienneté. Le législateur, car là encore la solution ne saurait venir que de lui, devrait également s'inspirer de la législation italienne qui prévoit qu'à l'expiration du contrat à terme, le salarié a droit à une indemnité de fin de contrat égale à l'indemnité de licenciement qu'il aurait touchée si son contrat avait été à durée indéterminée. C'est sur ce plan de l'ancienneté que le problème de l'octroi des garanties pour la sécurité de l'emploi doit être posé. Dès lors, la distinction des contrats fondée sur la durée ne saurait s'opposer au bénéfice de ces garanties.

Le législateur français avait fait un grand pas dans la voie de l'unité lors du statut accordé au représentant de commerce. Mais l'ordonnance du 13 juillet 1967 y a apporté un sérieux coup de frein en n'envisageant à nouveau que le problème du salarié lié par contrat à durée indéterminée. Or, au-delà de la pure technique juridique, le problème fondamental de la sécurité de l'emploi se pose en des termes analogues et la vocation du législateur n'est pas de confirmer ou de perpétuer l'injustice.

Enfin, si les avantages accordés ne doivent pas être fonction de la distinction, il apparaît également totalement inopportun que les garanties légales concernant les sommes versées au salarié à la suite de la rupture ne s'appliquent qu'à celles du contrat à durée indéterminée. Si on penche pour le caractère indemnitaire de la créance, on ne voit pas ce qui permet de refuser à l'indemnité allouée en cas de brusque rupture du contrat à durée déterminée, les garanties instituées pour les indemnités découlant de la rupture du contrat à durée indéterminée. Si on penche pour le caractère alimentaire, la différence instituée est tout aussi critiquable. Les garanties légales devraient s'appliquer à la somme correspondant à la fraction insaisissable du salaire sans tenir compte de la distinction. Sur ce point, comme sur tant d'autres, le droit du travail se doit de couper le cordon ombilical qui le relie au droit civil et qui l'empêche le plus souvent de se développer de façon cohérente. S'il doit conserver une certaine part des techniques originelles, ce ne doit être qu'en favur du salarié et, en ce sens, la distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée ne doit avoir que l'importance mineure qu'elle aurait toujours dû garder.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 5e édition t. V.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *Du louage*, 3e édition, t. II.

BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, édition 1906, t. XII.

BLAISE (J.), *La réglementation du travail et de l'emploi*, in *Traité de Droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, Dalloz 1966, t. III.

BRUN (A.), *La jurisprudence en droit du travail*, Sirey, 1967.

BRUN (A.) et GALLAND (H.), *Droit du travail*, Sirey, 1958, mise à jour 1962 et 1968.

CAMERLYNCK (G.H.), *Traité pratique de la rupture du contrat de travail*, Librairies Techniques, Paris, 1959.

— *Traité de Droit du travail - Contrat de travail*, t. I, Dalloz, 1967.

CAMERLYNCK (G.H.), et LYON-CAEN (G), *Précis de Droit du travail*, Dalloz, 1re édition 1965, 2e édition 1967, 3e édition 1969, 4e édition 1970.

CAPITANT (H.), et CUCHE (P.), *Cours de législation industrielle*, 2e édition 1921.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Thémis, P.U.F., 1962, t. II.

COLIN et CAPITANT par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de Droit civil*, t. II, 1953.

DEMANTE (A.M.), *Cours analytique de Code civil*, t. VII, 1888.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations*, t. II.

DESPAX (M.), *Les conventions collectives*, in *Traité de Droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, Dalloz, 1966, t. VII.

DURAND (P.) et JAUSSAUD, *Traité de droit du travail*, 1956, t. III.

DURAND (P.) et VITU (A.), *Traité de droit du travail*, 1950, t. II.

ESMEIN (P.), *Traité pratique de droit civil français*, Paris, 1952, t. VI.

GUILLOUARD (L.), *Traité du louage*, 1896, t. II.

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, 3e édition, 1940, t. II.

HORION (P.), *Précis de droit social belge*, Liège, 1965.

HUECK, *Kündigungsschutzgesetz*, 5e édition, 1965.

LAUBADÈRE (A. de), *Traité élémentaire de droit administratif*, t. II, édition 1968, L.G.D.J. Paris.

LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXV, édition 1877.
LYON-CAEN (G.), *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, Thémis, P.U.F.
LYON-CAEN (G.), *Les salaires*, in *Traité de Droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, Dalloz, 1967, t. II.
LYON-CAEN (G.), *Droit social européen*, Dalloz, 1re édition, 1969.
MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil*, t. II, Sirey, 1965.
MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2e édition, Paris, t. I.
PARIAS (H.L.), *Histoire générale du travail*, N.L.F., 4 tomes, Paris, 1966.
PIC (P.), *Traité élémentaire de législation industrielle*, 5e édition, 1922.
PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VI par Esmein, t. VII par Gabolde, t. XI par Rouast.
RIPERT (G.), *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1948.
RODIÈRE (R.) et HOUIN (R.), *Précis de droit commercial*, Dalloz, 1968.
SAVATIER (J.) et RIVERO (J.), *Droit du travail*, Thémis, P.U.F., 3e édition 1964, 4e édition 1966.
SINAY (H.), *La grève*, in *Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, Paris, Dalloz, 1967, t. VI.
TROPLONG (M.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code* - Du louage - 1852, t. II.
VERDIER (J.M.), *Les syndicats*, in *Traité de droit du travail* sous la direction de G.H. Camerlynck, Dalloz, 1966, t. V.

THESES ET MONOGRAPHIES

AUTIÉ (D.), *La rupture abusive du contrat de travail*, Dalloz, Paris, 1955.
AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, L.G.D.J., Paris, 1969.
BARC (L.), *Le délai-congé des journalistes*, Thèse, Rennes, 1934.
BLAISE (J.), *Le contrôle des embauchages et des licenciements*, Thèse, Rennes, 1961.
BOIS-JUZAN (G. de), *De la cause en droit français*, Thèse, Bordeaux, 1939.
CAMERLYNCK (G.H.), *Les statuts professionnels*, Cours de doctorat, Paris, 1956-1957.
C.E.C.A., *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Ouvrage collectif, Luxembourg, 1965.
C.E.C.A., *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.*, Ouvrage collectif, Luxembourg, 1958.
CHESNAIS (P.), *L'acteur*. Statuts professionnels, Paris, 1957.
COHEN (M.), *Le statut des délégués du personnel et des membres du Comité d'entreprise*, L.G.D.J., Paris, 1964. Supplément, mise à jour 1967.
DUPOUX (L.), *L'indemnité de licenciement*, Thèse, Rennes, 1942.
FARJAT, *L'ordre public économique*, L.G.D.J., Paris, 1963.

GAUCHER-PIOLA (A.), *L'indemnité de clientèle des voyageurs, représentants et placiers de commerce et de l'Industrie.* Thèse Bordeaux, 1941.

GIRAUD-JACQUÈME (R.), *Responsabilité civile et responsabilité disciplinaire du salarié.* Thèse, Aix, 1964.

JOSSERAND (L.), *De l'esprit des lois et de leur relativité,* Dalloz, Paris, 1927.

LANCIANI (C.), *Le droit de résiliation unilatérale du contrat de travail à durée indéterminée en droit français et en droit italien,* Nancy, 1962.

LELOUP (J.M.), *Le journal, les journalistes et le droit d'auteur,* Paris, 1963.

LEPVRIER, *Le contrat d'engagement maritime.* Cours de l'Ecole d'Administration de l'Inscription Maritime de Bordeaux, 1965.

LITTMANN (M.J.), *Le silence dans la formation du contrat,* Thèse dactylographiée, Strasbourg, 1969.

LUTTRINGER (M.), *Le syndicat dans l'entreprise en République Fédérale Allemande.* Etude documentaire réalisée pour le B.R.A.E.C.

MAGNAN (S.), *Le délai-congé,* Thèse, Paris, 1933.

MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral,* Thèse, Toulouse, 1951.

MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit,* Thèse, Toulouse. 1929.

MEYNAUD, *Le statut des journalistes,* Thèse, Paris, 1936.

OLLIVIER, *Le délai-congé et la loi de* 1928, Thèse, Aix, 1930.

PANAYOTOPOULOS (M.), *Le contrôle judiciaire du licenciement,* L.G.D.J., Paris, 1969.

PICQUENARD (C.), *Code du travail annoté.* Sirey, Paris, 1939.

PRIEUR (R.), *L'abus de droit dans la formation et la dissolution du contrat de travail.* Thèse, Paris, 1942.

RADOUANT (J.), *Du cas fortuit et de la force majeure,* Thèse, Paris, 1920.

RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand,* Paris, L.G.D.J., 1961.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles,* 4e édition, Paris, 1935.

RIPERT (G.), *Les aspects juridiques du capitalisme moderne,* Paris, 1946.

SARRAUTE (R.), *De la suspension dans l'exécution des contrats,* Thèse, Paris, 1929.

SERNA (J.C.), *Le refus de contracter,* Paris, L.G.D.J., 1967.

SIMLER (P.), *La nullité partielle des actes juridiques,* Paris, L.G. D.J., 1969.

VINCENT (J.), *La dissolution du contrat de travail.* Etude comparative du droit allemand et du droit français, Thèse, Lyon, 1935.

YAMAGUSHI (T.), *La suspension du contrat de travail,* Paris, L.G. D.J., 1964.

ARTICLES ET CHRONIQUES

AUDINET (J.), *Le licenciement du salarié en droit comparé*, R.I. D.C., 1966, p. 365.

AUDINET (J.), *Les nouveaux droits du salarié licencié*, J.C.P., 1967-I-2116.

AUDINET (J.), *Les nouveaux droits du salarié licencié*. Commentaire de la circulaire du 1er septembre 1967, J.C.P., 1968-I-2137.

AUTIÉ (D.), *Nouveaux aspects de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de la rupture abusive du contrat de travail*, Droit Social, 1956-157.

AZOULAI (M.), *L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat*, in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », Paris, L.G.D.J., 1960, p. 1.

BISCHOFF (J.M.), *La protection des engagements temporaires*, in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », L.G. D.J., Paris, 1960-114.

BIZIÈRE (P.), *Le contrat de travail à l'essai*, I.C.E., 1962-195.

— *Le contrat de travail et l'action résolutoire* de l'article 1184 du Code civil, I.C.E., 1962-587.

— *La protection des candidats aux fonctions de délégué*, I.C.E., 1962-606.

— *La faute en droit prud'homal*, I.C.E., 1963-355.

— *Balayeurs et secrétaires intermittents*, I.C.E., 1965-791.

— *L'incarcération du salarié et le contrat de travail*, I.C.E., 1965-873.

BLAISE (J.), *La protection des candidats aux fonctions de représentants du personnel*, J.C.P., 1961-I-1639.

BOITEAU, *Les conséquences de la maladie sur le contrat de travail*, Q.P., 1952-905.

BOITEL (M.), *Le torpillage des lois protectrices des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise*, Droit Ouvrier, 1952-119.

— *L'illégalité de la résolution judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise*, Droit Ouvrier, 1957-344.

— *L'irrecevabilité de la demande patronale en résolution judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel*, Droit Ouvrier, 1962-139.

— *Juridisme bourgeois et législation ouvrière. Le torpillage jurisprudentiel de la protection légale des délégués du personnel et des membres des comités d'entreprise*, Droit Ouvrier, 1966-73.

— *La protection légale des représentants du personnel dans une impasse jurisprudentielle*, Droit Ouvrier, 1968-401.

BOLDT (G.), *La stabilité de l'emploi en droit allemand*, in « La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 63.

— *Le contrat de travail en droit allemand*, in « Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 244.

BRETHE DE LA GRESSAYE (J.), Encyclopédie Dalloz, V° Contrat de travail.

— Encyclopédie Dalloz, V° Comité d'entreprise.

CAMERLYNCK (G.H.), *L'autonomie du droit du travail,* D. 1956, chr. p. 23.

— *La prescription abrégée de la créance de salaires,* D. 1956, chr. VI.

— *L'indemnité de clientèle du représentant de commerce,* J.C.P., 1957-I-1347.

— *L'indemnité de licenciement,* J.C.P., 1957-I-1391.

— *La réforme du délai-congé,* D. 1958, chr. 57.

— *De la conception civiliste du droit contractuel de résiliation unilatérale à la notion statutaire de licenciement,* J.C.P., 1958-I-1425.

— *Le nouveau statut protecteur des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise,* J.C.P., 1959-I-1482.

— *Du motif inexact au fallacieux prétexte,* D. 1959, chr. 129.

— *La renonciation du salarié,* Droit Social, 1960-628.

— *De l'assimilation à un licenciement du non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée,* J.C.P., 1961-I-1655.

— *La maladie du salarié constitue-t-elle un cas de force majeure ?* J.C.P., 1961-I-1609.

— *La révision du contrat de travail,* J.C.P., 1965-I-1964.

— Rapport de synthèse, in « *Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* », Luxembourg, 1965, p. 1.

— *Le contrat de travail en droit français,* in « Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 369.

— *La dispense de travail pendant le délai-congé,* J.C.P., 1966-I-2003.

— *La réforme sociale de l'entreprise.* Un préalable indispensable : la garantie de l'appartenance du travailleur à la communauté dont il devient membre, D. 1967, chr., p. 101.

— L'ordonnance du 13 juillet 1967 relative à certaines mesures applicables en cas de licenciement, Droit Social, 1968-163

CASSIN (R.), *Le délai-congé spécial aux grands mutilés de guerre,* S.J., 1927-161.

— *Reflexion sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution,* R.T.D.C., 1945-171.

CATALA-FRANJOU (N.), *Le travail temporaire en France :* problèmes juridiques, Droit Social, 1969-233.

CHARMONT (J.), *L'abus des droits,* R.T.D.C., 1902-113.

COLLIARD (C.A.), *La stabilité de l'emploi et les autorisations administratives devant le contrôle juridictionnel,* Droit Social, 1951-237.

CORRADO (R.), *L'inexécution du contrat en droit italien.* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, 1968, p. 389.

DEMOGUE (R.), *Les contrats provisoires.* Etudes de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant, p. 159.

DESPAX (M.), *La vie extra-professionnelle du salarié et ses incidences sur le contrat de travail,* J.C.P., 1961-I-1776.

DUCROS, *La maladie ou l'accident et le contrat de travail,* Droit Ouvrier, 1950-1.

DURAND (P.), *Le particularisme du droit du travail,* Droit Social, 1945-298.

— *Les problèmes posés par la protection des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise,* Droit Social, 1950-401.

— *Un remarquable exemple de stabilité de l'emploi :* la législation fédérale des Etats-Unis du Brésil, Droit Social, 1954-460.

— Rapport de synthèse, in « *La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A.* », Luxembourg, 1958, p. 1.

ELVINGER (A.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations en matière de contrat de travail dans le Grand-Duché de Luxembourg.* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, 1968, p. 393.

FOL (R.), Chronique au Droit Ouvrier, 1962, p. 1.

FORREST (M.), *Licenciement pour maladie,* Droit Ouvrier, 1961. 205.

FREYRIA (C.), *Renaissance du formalisme dans le contrat de représentant de commerce,* J.C.P., 1955-I-1238.

— *Nullité du contrat de travail et relation de travail,* Droit Social, 1960.619.

GARREAU DE LA MÉCHENIE, Encyclopédie Dalloz, V° La condition.

GIRAUD-JACQUÈME (R.), *La responsabilité limitée du salarié,* Droit Social, 1966-145.

GONIDEC (F.), *L'engagement à l'essai dans la métropole et dans les territoires d'Outre-Mer,* Dalloz, 1958, chr. 35.

GUYENOT (J.), *La rupture abusive des contrats à durée indéterminée,* in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », L.G.D.J., 1960, p. 235.

HORION (P.), *Le contrat de travail en droit belge,* in « Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », Luxembourg, 1965, p. 202.

— *L'inexécution des contrats en matière de droit du travail en Belgique.* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XVII, 1968, p. 353.

HUET (A.), *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques,* R.T.D.C., 1967-45.

ISSELÉ (A.), *L'influence de l'autorisation administrative sur le contrat de travail,* G.P., 1948, D. 45.

— *La résiliation judiciaire du contrat de travail des délégués du personnel,* G.P., 1957-2-15.

KAYSER (A.), *Le contrat de travail en droit luxembourgeois,* in « Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 572.

LABORDE-LACOSTE, *L'indemnité de clientèle des représentants de commerce,* J.C.P., 1942-I-251.

LAPP (C.) et APPRIL (P.), La modification de l'article 23 Livre I du Code du travail par la loi du 19 février 1958, J.C.P., 1958-I-1438.

LECOMTE (A.), *La résiliation du contrat de travail à durée indéterminée,* Revue Critique, 1929-493.

LEVASSEUR (G.), *Contrôle de l'emploi et résiliation du contrat de travail,* Droit Social, 1951-320.

LEVENBACH (M.G.), *Le contrat de travail en droit néerlandais,* in « Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 676.

LINDON (R.), *La clause de conscience dans le statut des journalistes,* J.C.P., 1962-I-1669.

LYON-CAEN (G.), *Le droit conventionnel du travail,* D. 1963, chr. 15.

MARTY (G.), *Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats.* Travaux de l'Association Henri Capitant, t. V, 1949, p. 84.

MENGONI (A.), *La stabilité de l'emploi en droit italien,* in « La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 243.

— *Le contrat de travail en droit italien,* in « Le contrat de travail dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », p. 500.

MEYERS (F.), *La réintégration des salariés selon le droit français et le droit américain,* Droit Social, 1962-281.

MEYSSAN (M.), *Le fondement juridique de l'indemnité de clientèle des voyageurs, représentants et placiers,* R.T.D. Com. 1962. 721.

MOLENAAR (A.M.), *La stabilité de l'emploi en droit néerlandais,* in « La stabilité de l'emploi dans le droit des pays membres de la C.E.C.A. », Luxembourg, 1958.

NERRY (E.), *Influence de la maladie ou de l'accident sur le contrat de louage de services,* Q.P. 1942-1.

OLLIER (P.D.), *Réflexions sur le droit de se faire justice à soi-même dans les rapports de travail,* Droit Social, 1967.501.

ORLIAC (C.), *Date de la fin d'un contrat de travail à durée indéterminée,* Droit Social, 1969-283.

PAUTET (A.), *Les services virtuels et leur rémunération,* I.C.E. 1967-788.

PERREAU (E.H.), *La résiliation du contrat de travail d'après la loi de* 1928, R.T.D.C., 1930.284.

PREAU (G.), *La maladie du salarié et sa répercussion sur le contrat de travail,* Q.P., 1939-901.

RADOUANT (J.), Encyclopédie Dalloz, V° Tacite reconduction.

RAYMOND (G.), *L'ancienneté de services,* Droit Social, 1967-163.

RIBETTES-THILLHET (J.) et WIBAUT (J.L.), *La période d'essai,* Droit Social, 1968-299.

RIPERT (G.), *Une nouvelle propriété incorporelle : la clientèle des représentants de commerce,* D.H., 1939-1.

ROBERT (A.), *La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis,* in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », Paris, L.G.D.J., 1960, p. 37.

ROCHE (G.), *La femme en droit de travail,* J.C.P. 1964-I-1870.

RODIÈRE (R.), *Le contrôle public du marché de la main-d'œuvre,* J.C.P. 1946-I-498.

SARAMITO (F.), *A quel moment une lettre recommandée produit-elle les effets juridiques qui lui sont attachés ?* Droit Ouvrier 1962-74.

— *Le contrat de travail à durée déterminée.* Droit Ouvrier 1966-227.

— L'ordonnance du 13 juillet 1967, Droit Ouvrier 1967-359.

SAUZET (A.), Etude sur le nouvel article 1780 du Code civil, Annales de droit commercial, 1891.

SINAY (H.), *La suspension du contrat de travail à titre disciplinaire,* D. 1960 chr. 215.

— *Le travail à l'essai,* Droit Social 1963-150.

— *L'exercice du droit syndical dans les entreprises :* historique et perspectives, D. 1969, chr. 77.

SORNAY (P.), *La maladie du salarié et le contrat de travail.* Tableau de la jurisprudence de la Cour de cassation. D. 1958, chr. 165.

TERROU (F.), *Répertoire Dalloz de droit social,* V° Journaliste professionnel.

TREILLARD (J.), *De la suspension des contrats,* in « La tendance à la stabilité du rapport contractuel », Paris, L.G.D.J. 1960, p. 73.

VOIRIN (P.), « *Marion crie ! Marion pleure ! Marion veut qu'on la marie* », D. 1963-247.

X..., *Le travail temporaire,* in Hommes et Techniques 1967, p. 747.

X..., *La prestation de travail temporaire,* in Hommes et Techniques 1965-776.

X..., *Le contrôle de l'emploi dans l'ordonnance du 24 mai* 1945, Droit Social 1948-144.

NOTES DE JURISPRUDENCE, CONCLUSIONS ET OBSERVATIONS

A. B., Note sous Soc. 3-11-1960, Droit Social 1961-570.

AUDINET (J.), Note sous C.P. Marseille 13-3-1968, J.C.P. 1968-II-15521.

B.P., Note sous T. Civ. Seine 16-6-1956, J.C.P. 1956-II-9493.

— Note sous T. civ. Seine 17-5-1957, J.C.P. 1957-II-10163.

— Note sous T. civ. Seine 13-6-1957, J.C.P. 1957-II-10198.

— Note sous Soc. 10-10-1957, J.C.P. 1958-II-10402.

— Note sous Paris 24-11-1961, J.C.P. 1962-II-12632.

— Note sous Paris 27.2.1964, J.C.P. 1964-II-13614.

Bizière (P.), Note sous Bordeaux 9-3-1960, J.C.P. 1960-II-11674.
— Note sous Paris 22e ch. 20-3-1962, J.C.P. 1962-II-12672.
— Note sous Soc. 13-2-1963, J.C.P. 1963-II-13383.
— Note sous Civ. 13-11-1964, J.C.P. 1965-II-14110.
Blaise (J.), Note sous Soc. 24-1-1962, J.C.P. 1962-II-12565.
Blanchet, Conclusions devant Soc. 9-3-1957, Droit Social 1957-278.
Boitel (M.), Note sous Civ. 10-11-1966, Droit Ouvrier 1967-29.
Brethe de la Gressaye, Note sous Soc. 27.11.1958, J.C.P. 1959-II-11143.
— Note sous Soc. 8-1-1964, D. 1964-263.
C.F., Note sous Civ. 30-6-1926, D.P. 1927-1-69.
C.M., Note sous Soc. 16-5-1961, J.C.P. 1961-II-12282.
Camerlynck (G.H.), Note sous Soc. 17-3-1960, J.C.P. 1960-II-11666.
— Note sous Soc. 29-3-1960, J.C.P. 1960-II-11776.
— Note sous Soc. 14-12-1960, J.C.P. 1961-II-12307.
— Note sous Soc. 9-5-1961, J.C.P. 1961-II-12128.
— Note sous Soc. 14-11-1963, J.C.P. 1964-II-13471.
— Note sous Soc. 10-2-1965, J.C.P. 1965-II-14181.
— Note sous Soc. 13-12-1967, J.C.P. 1968-II-15440.
— Note sous Soc. 2-4-1968, J.C.P. 1968-II-15585.
Carbonnier (J.), Note sous Soc. 5-1-1945, Droit Social 1946-35.
— Observations à la R.T.D.C. 1945, p. 124.
— Observations à la R.T.D.C. 1959, p. 735.
— Observations à la R.T.D.C. 1961, p. 336.
Catala-Franjou (N.), Note sous Montpellier 18-4-1970, J.C.P. 1970-II-16485.
D.P., Note sous Soc. 10-10-1957, J.C.P. 1958-II-10402.
Despax (M.), Note sous Soc. 25-1-1961, D. 1961-621.
Dupeyroux (J.-J.), Note sous Civ. 24-2-1960, D. 1960-551.
Durand (P.), Note sous Soc. 9.7.1951, Droit Social 1952-115.
— Note sous Soc. 24-7-1952, Droit Social 1952-683.
— Observations à la R.T.D.C. 1930, p. 277.
— Observations au Droit Social 1946, p. 339.
Esmein (P.), Note sous Soc. 31-5-1956, J.C.P. 1957-II-9397.
F.D., Note sous Soc. 11-7-1958, J.C.P. 1958-II-10824.
— Note sous Soc. 17-7-1958, J.C.P. 1958-II-10792.
— Note sous Soc. 22-10-1959, J.C.P. 1960-II-11536.
— Note sous Soc. 27-10-1959, J.C.P. 1960-II-11603.
François, Note sous Soc. 27-5-1964, J.C.P. 1964-II-13910.
G.B., Note sous Soc. 28-4-1955, J.C.P. 1957-II-9725.
G.D., Note sous Soc. 18-1-1957, J.C.P. 1957-II-9887.
G.H.C., Note sous Soc. 4-12-1959, J.C.P. 1960-II-11457.
— Note sous Soc 18-12-1961, J.C.P. 1962-II-12506.
— Note sous Soc. 17-12-1962, J.C.P. 1963-II-13052.
— Note sous Soc. 9-10-1963, J.C.P. 1963-II-13424.
— Note sous Soc. 17-6-1964, J.C.P. 1964-II-13798.
— Note sous Soc. 27-5-1964, J.C.P. 1965-II-14056.
G.L.C., Note sous Soc. 10-3-1965, D. 1965-550.
— Note sous Soc. 4-11-1965, D. 1966-140.

GÉNY (F.), Note sous Civ. 31-7-1930, S. 1931-I-281.
GHESTIN (J.), Note sous Soc. 4-1-1968, J.C.P. 1968-II-15835.
GROUTEL (H.), Note sous Soc. 12-3-1970 J.C.P. 1970-II-16548.
J.L.L., Note sous Soc. 21-3-1958, S. 1958-I-233.
LALOU (H.), Note sous Civ. 7-12-1909, D.P. 1910-I-65.
LEVASSEUR (G.), Note sous Soc. 31-5-1956, D. 1958-21.
— Observations au Droit Social 1951-321.
LINDON (R.), Note sous Soc. 27-II-1958, D. 1959-210.
— Note sous Soc. 7-7-1961, J.C.P. 1961-II-12287 bis.
— Note sous Soc. 10-4-1962, D. 1962-565.
— Note sous Soc. 13-11-1964, D. 1965-346.
— Note sous Civ. 26-10-1965, D. 1965-838.
LYON-CAEN (G.), Note sous Soc. 28-2-1962, D. 1962-605.
— Note sous Ass. Plénière Civ. 18-6-1963, Droit Social 1964-123.
— Soc. 20-11-1963, D. 1964-139.
— Paris 1-2-1969, D. 1970-16.
MALAURIE (P.), Note sous Soc. 8-4-1957, D. 1958-221.
MIMIN, Note sous Civ. 4-6-1943, D.C. 1944-6.
MINJOZ (J.), Note sous Ass. Plénière Civ. 18-6-1963, D. 1963-643.
MOREL (A.), Note sous Civ. 22-12-1920, S. 1922-1-370.
MORELLET (S.), Note sous Soc. 27-4-1964, J.C.P. 1964-II-13807.
NECTOUX (J.), Note sous Com. 5-2-1958, J.C.P. 1958-II-10441.
P.D., Note sous Soc. 27-7-1952, Droit Social 1952-683.
PATIN (M.), Concl. devant Crim. 28-6-1951, Droit Ouvrier 1951-499.
— Concl. devant Crim. 24-3-1955, D. 1955-501.
PELISSIER (J.), Note sous Soc. 30-11-1966. Soc. 22-2-1968 et Abidjan 8-4-1966, D. 1969-135.
PERREAU (E.H.), Note sous Civ. 4-7-1934, S. 1938-I-217.
PIC (P.), Note sous Soc. 6-7-1939, D.C. 1941-I-33.
— Note sous Soc. 12-12-1940, 19-12-1941 et 8-1-1942, D.C. 1944-I-152.
PLAISANT (R.), Note sous Com. 16-10-1967, D. 1968, p. 192.
PLANIOL (M.), Note sous Amiens 2-1-1892, D.P. 1892-489.
— Note sous Req. 22-3-1904, D.P. 1904-I-444.
— Note sous Agen 23-11-1903, D. 1907-2-49.
POPLAWSKI (R.), Note sous Soc. 7-12-1944, J.C.P. 1946-II-3206.
PREAU (G.), Note sous Civ. 20-3-1929, S. 1930-I-52.
R.L., Note sous Soc 17-2-1961, J.C.P. 1961-II-12036 bis.
RODIÈRE (R.), Note sous Civ. 15-10-1941, J.C.P. 1942-II-2009.
— Observations à la R.T.D.C. 1965, p. 365.
ROUAST (A.), Note sous Civ. 18-3-1930, D.P. 1930-I-71.
— Note sous Soc. 20-2-1958, D. 1958-421.
— Note sous Soc. 10-2 et 5-11-1960, D. 1961-249.
— Note sous Soc. 25-10-1961, D. 1962-31.
— Note sous Soc. 27-4-1964, D. 1965-213.
ROUBIER (P.), Note au Droit Social 1939, p. 244.
— Note sous Soc. 19-9-1940, J.C.P. 1941-II-1602.

SAVATIER (J.), Note sous Soc. 12-1-1966, J.C.P. 1967-II-14607.
— Observations sous Soc. 21-4-1961, Droit Social 1961-480.
— Obs. sous Soc. 21-2-1962, Droit Social 1962-568.
— Obs. sous Soc. 10-10-1962, Droit Social 1963-45.
— Obs. sous Soc. 9-10-1963, Droit Social 1964-103.
— Obs. sous Soc. 28-10-1963, Droit Social 1964-104.
— Obs. sous Soc. 7-11-1963, Droit Social 1964-164.
— Obs. sous Soc. 27-4-1964, Droit Social 1964-574.
— Obs. sous Soc. 7-10-1964, Droit Social 1965-245.
— Obs. sous Soc. 21-10-1964, Droit Social 1965-247.
— Obs. sous Soc. 21-12-1964, Droit Social 1965-379.
— Obs. sous Soc. 24-11-1965, Droit Social 1965-164.
— Obs. sous Soc. 20-1-1966, Droit Social 1966-359.
— Obs. sous Soc. 9-2-1966, Droit Social 1966-426.
— Obs. sous Soc. 25-3-1966, Droit Social 1967-296.
— Obs. sous Soc. 10-11-1966, Droit Social 1967-298.
— Obs. sous Soc. 12-1-1967, Droit Social 1967-300.
— Obs. sous Soc. 4-1-1968, Droit Social 1968-313.
SAVATIER (R.), Note sous Crim. 13-1-1922, D.P. 1923-I-5.
TOUJAS, Note sous Soc. 5-12-1941, J.C.P. 1942-II-1894.
VERDIER (J.M.), Note sous T. Pol. Paris 26-9-1963, J.C.P. 1964-II-13665.
— Note sous Soc. 11-3-1964, J.C.P. 1965-II-14183.
VOIRIN (P.), Note sous Soc. 7-7-1939, Droit Social 1940-148.
— Note sous Civ. 15-10-1941, D.C. 1942-149.
— Note sous Civ. 20-11-1958, J.C.P. 1960-II-11383.
— Obs. à la R.T.D.C. 1928, p. 792.
WALINE (M.), Note sous C.E. 21-2-1944, D. 1947-5.

INDEX ALPHABETIQUE DES MATIERES

(Les Chiffres renvoient aux numéros, non aux pages)

ABUS DE DROIT, 240 s. .
— convention collective, 255.
— essai, 242, 275.
— grossesse, 236.
— intention de nuire, 244 s.
— légèreté blâmable, 252, 281.
— non-renouvellement, 263, 269.
— notion, 245 s.
— preuve, 281.
— remplacement, 36.
ANCIENNETE, 301, 341, 362, 389 s., 403

CADRE, 15, 135, 272 s.
CELIBAT
— clause de, 285.
CHANTIER
— durée du, 40.
CLAUSE
— imprécision, 109, 110.
— nullité, 124.
— pénale, 72, 361, 366, 369.
— de prorogation, 107.
— de remboursement, 74.
— de stabilité, 73.
CONDITION
— résolutoire, 65, 67, 88, 164, 177.
— suspensive, 87.
CONGE
— conditionnel, 49.
— contrat à durée indéterminée 289 s.
— contrat à durée déterminée, 336 s.
— V. également V° Inexécution.
V° Modification.
CONTRAT
— d'adhésion, 20, 21, 98, 122.

— à l'essai, 76 s., 126 s., 221.
— nullité, 54.
— précaire, 136, 221.
— provisoire, 83, 85.
— de travail intérimaire, 95 s.
— reconduction, 98 s.
CONTRAT A DUREE DETERMINEE
— définition, 25, 141,
— entreprise déterminée, 31, 32.
— remplacement, 34.
— spectacles, 38 s.
CONVENTION COLLECTIVE
— essai, 129, 133.
— indemnité de licenciement, 377, 382, 397.
— préavis, 154, 315, 339.
— renonciation, 322.
— restrictions du droit de rupture, 206, 239.
— V. également V° abus de droit

DELEGUE SYNDICAL, 233, 265.
DOMMAGES-INTERETS
— action en, 191.
DROIT
— allemand, 137, 170, 283.
— italien, 136, 170, 284, 407, 412.
— belge, 170.
— luxembourgeois, 170.
DUREE
— déterminée, 26 s.
— détermination, 12.
— indéterminée, 42 s.
— maxima, 67, 121.
— minima, 62 s., 91, 118.
— preuve, 17.
— usages, 15.

EMPLOI
— précarité de l', 37.
— V. également V° Sécurité.
EMPLOYEUR
— déloyauté, 250.
— malveillance, 254.
ENTREPRISE
— intérêt de l', 180 s., 195, 330.
— de travail intérimaire, 95 s., 221.
ESSAI
— durée, 133.
— fraude, 126 et s.
— nature juridique, 82 s.

— préavis, 323.
— renouvellement, 128.
— usages, 129.
— V. également V° Abus de droit.
V° Contrat.
V° Convention collective.

FAUTE
— caractère de la, 184.
— contractuelle, 350.
— définition, 173, 183.
— fondement de la rupture, 173.
— gravité, 154 s., 173 s., 182 s.
— lourde, 203.
— pouvoir du juge, 194.
— preuve de la, 193.
— unité de la, 156.
FORCE MAJEURE, 148, 158 s., 176 s., 185 s.
— pouvoir du juge, 195.
— V. également V° Maladie.
FRAUDE, 112, 122 s.
— présomption de, 125, 128, 137.
— V. également V° Qualification.

GREVE
— abus du droit de rompre, 248.
— remplacement en cas de, 36.
GROSSESSE, 208, 234 s.

INDEMNITE
— de clientèle, 156, 380, 390, 392, 404.
— de licenciement, 155, 374, 378, 382, 388, 391, 406.
— de préavis, 354 s.
— de retraite, 402.
— de rupture abusive, 369.
— de rupture « anticipée », 364 s.
— spéciale de préavis, 303, 383 s.
— évaluation, 370.
INEXECUTION
— assimilée à un congé, 53.
— fautive, 174.
— non fautive, 176.
— résiliation pour, 169 s.
INTERPRETATION
— V. V° Volonté.
INTUITUS PERSONAE, 76, 92, 154, 166, 179, 272,

JOURNALISTE, 379.
JUGE
— contrôle du, 139, 188, 193.
— pouvoirs, 16, 22.
— rôle, 14 s.

LICENCIEMENT
— abus, 206, 240 s.
— antisocial, 283.
— autorisation, 219.
— contrôle, 218 s.
— interdiction, 230, 236.
— juste cause, 170, 284, 285.
— nullité, 236, 284.
— V. également V° Indemnité.

MALADIE DU SALARIE, 159, 177, 185.
— remplacement en cas de, 35.
MISE A PIED, 197 s.
MODIFICATION
— abus, 250.
— notification, 51.
— novation, 52.
— unilatérale, 49 s.

NULLITE
— V. V° contrat.
V° Licenciement.
V° Ordre public.
NON-RENOUVELLEMENT
— V. V° Abus.

ORDRE PUBLIC, 79, 194.
— de protection, 44, 120, 320.
— nullité d', 56.

PREAVIS, 297 s.
— caractère préfix, 312.
— dispense, 324 s., 353.
— durée, 300.
— faute grave, 154.
— fondement, 303 s.
— légal, 115, 119, 301.
— lettre recommandée, 296.
— usages, 154.

— V. également V° Essai.
V° Indemnité.
PREUVE
— charge, 212, 236, 242, 276 s.
— V. également V° Faute.
V° Abus du droit.
V° Durée.
PRIVILEGE, 363, 367, 371, 385.
PROCEDURE DISCIPLINAIRE, 207.
PROMESSE DE STABILITE D'EMPLOI, 63.
PROROGATION
— éventuelle, 64.
— V. également V° Clause.

QUALIFICATION, 14 s.
— contrôle de la, 22.
— fausseté, 21.
— fraude, 122 s.
— pouvoir du juge, 22.

RECONDUCTION, 98 s., 333, 337.
— abus du refus de, 262 s.
— prévision de la, 107 s., 124, 233 bis.
REEMBAUCHAGE
— priorité de, 261.
REGLEMENT INTERIEUR, 194.
REINTEGRATION, 168, 196, 349.
REMPLACEMENT
— V. V° Contrat à durée déterminée.
V° Grève.
V° Maladie.
RENONCIATION, 44, 129, 194, 319 s., 369.
REPRESENTANTS DU PERSONNEL, 208, 229, 265, 328.
RESILIATION
— unilatérale, 42 s.
— clause de, 68.
— V. également V° Inexécution.
RESOLUTION
— judiciaire, 148 s., 169 s., 196, 200 s.
— de plein droit, 43.
RETRAITE, 69.
— V. V° Indemnité.
REVISION DU CONTRAT, 49.
RUPTURE
— Action en justice, 189.
— anticipée, 164, 223, 232, 267, 351.
— auteur, 53.
— brutalité, 169, 179, 254.
— caractère immédiat, 171 s.

— contrôle judiciaire, 188, 194.
— faute, 349.
— fondement, 173 s.
— initiative, 48.
— juste motif, 211.
— nécessité, 193.
— responsabilité, 48.
— urgence, 183, 187.
— V. V° Indemnité.

SAISON, 29, 136.
— renouvellement, 103, 118, 259, 339.
SALAIRE, 353, 388, 396.
SALARIE
— atteinte aux droits du, 247, 259, 275.
— âge, 253, 400.
— faute, 254, 280.
SECURITE DE L'EMPLOI, 118, 143, 144, 215, 256, 259, 285, 331, 347.
SILENCE, 52.
SPECTACLES, 38 s., 365.
SUPER-PRIVILEGE, 363, 367, 385.
SUSPENSION DU CONTRAT, 133, 159 s., 167, 176 s., 236, 312 s.
TERME, 26 s., 41.
— certain, 28.
— incertain, 30 s.
— précision du, 28, 29.

TRAVAIL AUX PIECES, 33.

USAGES, 15, 29, 123.
— des « deux heures » 307, 339.
— V. V° Essai.
V° Préavis.
V° Durée.

VOLONTE
— absence, 17.
— autonomie, 20.
— dénaturation, 22.
— interprétation, 16 s.
— manifestation, 47.

TABLE DES MATIERES

Introduction n° 1 - 10 1

PREMIERE PARTIE : LES CRITERES DE LA DISTINCTION, n° 11-142 11

CHAPITRE I : *La recherche des critères jurisprudentiels* n° 13 - 58 13

Section I. — Le rôle et les pouvoirs du juge

n° 14 - 24 13
§ 1. — L'absence de volonté exprimée (n° 15-17) .. 14
§ 2. — L'interprétation de la volonté exprimée des parties (n° 18-24) 16
a) Les règles d'interprétation (n° 19-22) .. 17
b) Le moment où intervient l'interprétation de la volonté (n° 23 - 24) 20

Section 2. — Les critères dégagés par la jurisprudence

(n° 25 - 57) 22
§ 1. — Le terme, critère du contrat à durée déterminée (n° 26 - 41) 23
a) Le terme certain (n° 28 - 30) 24
b) Le terme incertain (n° 31 - 41) 26
1. L'engagement pour une « entreprise déterminée » 27
2. Le travail « aux pièces » 28
3. Le remplacement du salarié 29
4. Les contrats dans la branche des spectacles 31
5. Le contrat pour la durée des travaux du chantier 32
§ 2. — La résiliation unilatérale : critère de l'application des règles du contrat à durée indéterminée (n° 42 - 57) 36
a) L'exercice de résiliation unilatérale (n° 43 - 45) 37

43-45) 37
b) L'extension donnée par le juge à la notion de résiliation unilatérale (n° 46 - 57) 40
1. La forme de la manifestation de volonté 40
2. Le fondement de la manifestation de volonté 46

Conclusion du Chapitre I (n° 58) 50

CHAPITRE II : *L'application des critères aux situations complexes* (n° 59 - 139) 53

Section 1. — Les conventions « hybrides » (n° 60 - 97) 54

§ 1. — Les contrats à durée minima (n° 62 - 66) .. 55
a) La promesse de stabilité de l'emploi (n° 63) 56
b) La possibilité de prorogation (n° 64) .. 57
c) Le contrat sous condition (n° 65) 58

§ 2. — Les contrats à durée maxima (n° 67 - 75) .. 59
a) La possibilité de rupture anticipée (n° 67 - 68) 60
1. L'existence d'une condition résolutoire . 60
2. L'existence d'une faculté de résiliation unilatérale 60
b) La mise à la retraite (n° 69 - 71) 62
c) La clause de stabilité minimum (n° 72 - 75) 64

§ 3. — La période d'essai (n° 76 - 94) 67
a) Les caractéristiques de la période d'essai (n° 77 - 81) 69
1. La liberté de rupture à tout moment sans préavis 69
2. L'absence de contrôle des motifs de rupture 71
b) Le faux problème de la nature juridique de la période d'essai (n° 82 - 94) 72
1. Les thèses dualistes 72
2. Les thèses unitaires 74

§ 4. — Le contrat de travail intérimaire (n° 95 - 97) 81
a) L'employeur est le chef de l'entreprise utilisatrice (n° 96) 82
b) L'employeur est le chef de l'entreprise de travail temporaire (n° 97) 82
1. L'existence d'un lien de subordination .. 83
2. L'absence d'un lien de subordination .. 83

Section 2. — La reconduction du contrat (n° 98 - 121). 84

§ 1. — La reconduction de fait (n° 99 - 106) 85

a) La solution ancienne (n° 100) 86
b) L'intervention des premières lois sur le contrat à durée indéterminée (n° 101 - 103) 86
c) La « reconduction » du contrat à durée indéterminée (n° 104) 88
d) Les effets de la renconduction (n° 105 - 106) 89

§ 2. — La reconduction : élément de la prévision des parties (n° 107 - 121) 92

a) L'imprécision de la clause de reconduction (n° 110 - 120) 93
1. La solution ancienne et le revirement de jurisprudence de 1924 94
2. Le nouveau revirement jurisprudentiel de 1957 97
3. La nature juridique des contrats à prorogations illimitées 100
b) La limitation du nombre des périodes (n° 121) 103
Section 3. — La qualification frauduleuse (n° 122 - 133) 106

§ 1. — Le recours aux contrats temporaires (n° 123 - 125) 107

§ 2. — Le recours à la période d'essai (n° 126 - 133) 110

a) Le danger de la libre détermination de la durée de la péiode d'essai (n° 128 - 129) 111
b) Le renouvellement de l'essai (n° 130 - 133) 113

Section 4. — Solution législative ou jurisprudentielle. Aperçus de droit comparé (n° 134 - 139). 117

§ 1. — Les solutions en droit comparé (n° 135 - 137) 117

a) La loi italienne n° 230 du 18 avril 1962 (n° 136) 118
b) Le droit allemand (n° 137) 120

§ 2. — Le choix d'une solution pour le droit français (n° 138 - 139) 121

Conclusion de la Première Partie (n° 140 - 142) 123

DEUXIEME PARTIE : LE REGIME APPLICABLE A LA RUPTURE DU CONTRAT (n° 143 - 416) 127

TITRE I : LES CONDITIONS D'EXERCICE DE LA RUPTURE (n° 146 - 345) 131

SOUS-TITRE I : *La rupture et le caractère synallagmatique du contrat* (n° 148 - 212) 133

CHAPITRE I : *Le recul de la résolution judiciaire dans les deux types de contrats* (n° 151 - 199) 135

Section 1. — L'augmentation du rôle joué par la résiliation unilatérale dans la rupture des relations de travail (n° 152 - 168) 135

§ 1. — Le dédoublement fonctionnel de la résiliation unilatérale dans le contrat à durée indéterminée (n° 153 - 162) 136

a) L'utilisation de la résiliation unilatérale en cas de faute grave (n° 154 - 157) 136
b) L'utilisation de la résiliation unilatérale en cas de force majeure (n° 158 - 162) .. 140

§ 2. — L'introduction de la résiliation unilatérale dans le contrat à durée déterminée (n° 163 - 168) 144

Section 2. — Le régime, spécial mais commun, de la résiliation pour inexécution (n° 169 - 199) 148
§ 1. — Le caractère immédiat de la rupture (n° 171 - 187) 149

a) Le fondement même de la rupture doit être recherché dans l'inexécution qu'elle soit fautive ou non (n° 173 - 178) 150
1. L'inexécution fautive 150
2. L'inexécution non fautive 152
b) Dès l'instant où l'inexécution est constatée par l'employeur, la rupture peut être immédiate (n° 179 - 187) 154
1. L'inexécution fautive 156
2. L'inexécution non fautive 158
§ 2. — Le contrôle judiciaire « a posteriori » (n° 188 - 199) 160

a) L'exercice de l'action (n° 189 - 192) 161
b) Le contrôle du juge sur la nécessité de la rupture (n° 193 - 199) 164
1. La gravité de la faute 164
2. La force majeure 165
3. La mise à pied préventive 167

CHAPITRE II : *Le recours exceptionnel à la résolution judiciaire* (n° 200 - 212) 170

Section I. — Les aspects utiles de la résolution judiciaire (n° 101 - 104) 170

Section 2. — La résolution judiciaire, moyen d'éviter les contraintes imposées au droit de résiliation unilatérale (n° 205 - 212) 173

§ 1. — Les restrictions conventionnelles (n° 206 - 207) 174

§ 2. — Les restrictions légales (n° 208 - 212) 175

Conclusion du Sous-Titre I (n° 213 - 214) 180

SOUS-TITRE II : *La rupture et le caractère successif du contrat* (n° 215 - 342) 182

CHAPITRE I : *Le contrôle des conditions d'exercice de la rupture* (n° 216 - 286) 183

Section 1. — Le contrôle spécial de la rupture (n° 217 - 239) 184

§ 1. — Le contrôle des licenciements par les services administratifs de la main-d'œuvre (n° 218 - 227) 184

a) Le domaine d'application des textes (n° 219 - 223) 185
b) La portée du contrôle (n° 224 - 227) 187

§ 2. — La protection spéciale de certains salariés (n° 228 - 239) 190

a) Le licenciement des représentants du personnel (n° 229 - 233) 191
b) L'interdiction du licenciement de la femme enceinte (n° 234 - 239) 194

Section 2. — Le contrôle général : l'abus du droit de rompre (n° 240 - 285) 198

§ 1. — L'évolution du contrôle jurisprudentiel dans le contrat à durée indéterminée (n° 243 - 256) 200

a) La notion subjective de l'abus du droit de rupture (n° 245 - 251) 201

1. L'intention de nuire 202
2. La recherche d'un profit illicite 204
b) Vers une notion objective de la rupture abusive (n° 252 - 256) 205
1. La prise en considération des circonstances entourant le licenciement 206
2. La contravention aux règles objectives .. 208

§ 2. — L'extension du contrôle des conditions d'exercice de la rupture au contrat à durée déterminée (n° 257 - 269) 209

a) Le non-renouvellement du contrat à durée déterminée (n° 259 - 266) 211
1. En cas de clause de renouvellement 211
2. En l'absence de clause de renouvellement 213
b) La rupture anticipée du contrat à durée déterminée (n° 267 - 269) 216

§ 3. — L'absence de contrôle des motifs pendant la période d'essai (n° 270 - 275) 219

a) Le principe (n° 271 - 273) ..... il p
b) L'atténuation du principe (n° 274 - 275). 222

§ 4. — Le problème de la charge de la preuve (n° 276 - 285) 224

a) L'évolution en droit français (n° 277 - 282) 224
1. L'employeur doit alléguer un motif 226
2. Le salarié doit apporter la preuve de l'abus 229
b) En droit comparé (n° 283 - 285) 231

Conclusion du Chapitre I (n° 286) 235

CHAPITRE II : *L'aménagement des conditions dans lesquelles s'exerce la rupture* (n° 287 - 342) 236

Section 1. — L'évolution intervenue dans le contrat à durée indéterminée (n° 289 - 309) 237

§ 1. — L'aménagement du congé (n° 290 - 296) ... 238

a) Le libéralisme des formes à l'origine (n° 292 - 293) 238
b) La loi du 19 février 1958 (n° 294 - 296) .. 239
1. Les principes posés par la loi 239
2. L'application jurisprudentielle : critique. 240

§ 2. — L'aménagement du préavis ou délai-congé (n° 297 - 309) 242

a) L'allongement de la durée du délai-congé (n° 300 - 305) 243
1. La loi du 19 février 1958 rompt la réciprocité 244
2. L'ordonnance du 13 juillet 1967 et la nouvelle analyse du fondement du délai-congé 245
b) La situation des parties pendant la période de délai-congé (n° 306 - 309) ... 246

Section 2. — La réduction de l'écart existant entre les régimes de rupture (n° 310 - 342) 250

§ 1. — L'atténuation de la protection du salarié dans le contrat à durée indéterminée (n° 311 - 330) 250

a) L'atténuation due à la jurisprudence (n° 312 - 316) 251
b) Les atténuations dues à la volonté des partie (n° 317 - 323) 254
1. Les exceptions conventionnelles au préavis 254
- La renonciation aux droits nés du préavis 255
- L'absence de préavis en période d'essai. 258
2. La dispense unilatérale d'exécution du préavis (n° 324 - 330) 259

§ 2. — L'octroi de garanties aménageant la cessation du contrat à durée déterminée (n° 331 - 342) 266

a) La possibilité de reconduction (n° 333 - 335) 268
b) L'introduction du congé dans le contrat à durée déterminée (n° 336 - 340) 270
c) La prise en considération de l'ancienneté du salarié (n° 341 - 342) 273

Conclusion du Titre I (n° 343 - 345) 275

TITRE II : LES CONSEQUENCES DE LA RUPTURE (n° 346 - 416) 279

CHAPITRE I : *La réparation de la rupture fautive* (n° 349 - 372) 281

Section 1. — La rupture, faute contractuelle (n° 350 - 367) 282

§ 1. — L'ouverture du droit à réparation (n° 351). 282

§ 2. — L'organisation technique de la réparation (n° 352 - 367) 283

a) L'indemnité de « brusque rupture » du contrat à durée indéterminée 283
1. La somme versée à l'occasion de la dispense unilatérale de préavis 283
2. L'indemnité de brusque rupture 284
b) L'indemnité de « rupture anticipée » du contrat à durée déterminée 294

Section 2. — La rupture, faute délictuelle (n° 368 - 372) 299

§ 1. — La mise en œuvre de la responsabilité (n° 369) 299

§ 2. — L'organisation technique de la réparation (n° 370 - 372) 301
a) L'évaluation des indemnités 301
b) Les garanties de paiement 302

Chapitre II : *Le prix de la rupture non fautive* (n° 373 - 408) 304

Section 1. — L'augmentation du coût de la rupture du contrat à durée déterminée (n° 374 - 393). 305

§ 1. — La généralisation des indemnités de rupture non fautive (n° 375 - 386) 306

a) Les indemnités de licenciement conventionnelles (n° 376 - 378) 306
b) Les indemnités de licenciement légales (n° 379 - 386) 308
1. L'indemnité due aux journalistes 308
2. L'indemnité de clientèle des V.R.P. 309
3. L'ordonnance du 13 juillet 1967 311
- L'indemnité légale minimum de licenciement 311
- L'indemnité spéciale 312

§ 2. — Le fondement des indemnités de rupture non fautive (n° 387 - 393) 316

a) Les divers fondements proposés (n° 388

- 390) 317
1. L'indemnité de licenciement 317
2. L'indemnité de clientèle 319
b) Le fondement unique : la réparation du préjudice causé par la perte de l'emploi (n° 391 - 393) 322

Section 2. — Le problème de l'unité de régime applicable (n° 394 - 408) 324

§ 1. — Problème de l'octroi des indemnités conventionnelles au contrat à durée déterminée (n° 396 - 403) 325

a) Les conditions d'ouverture du droit à indemnité (n° 397 - 401) 327
b) L'objet de l'indemnité (n° 402 - 403) 332

§ 2. — Problème de l'octroi des indemnités légales au cas du contrat temporaire (n° 404 - 408). 334

a) L'indemnité de clientèle (n° 404 - 405) .. 334
b) L'indemnité légale de licenciement (n° 406 - 408) 337

CONCLUSION GENERALE (n° 409 - 415) 340

BIBLIOGRAPHIE 347

Vu :

Strasbourg le 19 mars 1970
Le président de la Thèse : H. Sinay

Vu :

Strasbourg le 19 mars 1970
Le Président du Conseil Transitoire : J.M. Bischoff

Achevé d'imprimer
le 29 avril 1971
par
Les Presses Jurassiennes
39 Dole

Dépôt légal n° 55 - 2e trimestre 1971
N° Editeur 1447